



法律人进阶译丛【法学基础】

李昊/译丛主编

# 人民 民法学

民法总则讲义·序论

第2版增订本

The Guidance of  
Civil Law

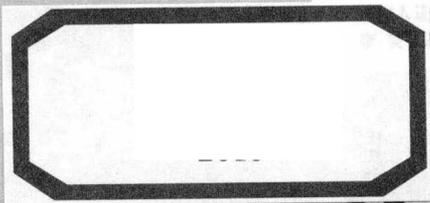
〔日〕河上正二 / 著  
〔日〕王冷然 郭延辉 / 译



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



阶译丛【法学基础】  
译丛主编



# 民法学

民法总则讲义·序论

第2版增订本

The Guidance of  
Civil Law



〔日〕河上正二 / 著

〔日〕王冷然 郭延辉 / 译



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2016-4952

图书在版编目(CIP)数据

民法学入门:民法总则讲义·序论:第2版增订本/(日)河上正二著;  
(日)王冷然,郭延辉译.—北京:北京大学出版社,2019.8

(法律人进阶译丛)

ISBN 978-7-301-30154-8

I. ①民… II. ①河… ②王… ③郭… III. ①民法-总则-研究-  
日本 IV. ①D931.331

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第291429号

MINPOUGAKU 2 ZOUHOBAN

Copyright © 2014 Shoji Kawakami

Chinese translation rights in simplified characters arranged with NIPPON  
HYORONSHA

through Japan UNI Agency, Inc., Tokyo

书 名 民法学入门:民法总则讲义·序论(第2版增订本)  
MINFAXUE RUMEN: MINFA ZONGZE JIANGYI · XULUN  
(DI-ER BAN ZENGdingben)

著作责任者 [日]河上正二 著 [日]王冷然 郭延辉 译

丛书策划 陆建华

责任编辑 王丽环 陆建华

标准书号 ISBN 978-7-301-30154-8

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部010-62752015 发行部010-62750672

编辑部010-62117788

印 刷 者 涿州市星河印刷有限公司

经 销 者 新华书店

880毫米×1230毫米 A5 13.375印张 412千字

2019年8月第1版 2019年8月第1次印刷

定 价 58.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

“法律人进阶译丛”编委会

主 编

李 昊

编委会

(按拼音排序)

班天可 陈大创 杜志浩 季红明 蒋 毅

李 俊 李世刚 刘 颖 陆建华 马强伟

申柳华 孙新宽 唐志威 夏昊晗 徐文海

查云飞 翟远见 张 静 张 挺 章 程

## 做一个理想的法律人（代译丛序）

近代中国的法学启蒙受之日本，而源于欧陆。无论是法律术语的移植、法典编纂的体例，乃至法学教科书的撰写，都烙上了西方法学的深刻印记。即使中华人民共和国成立后兴盛了一段时期的苏俄法学，从概念到体系仍无法脱离西方法学的根基。20世纪70年代末，借助于我国台湾地区法律书籍的影印及后续的引入，以及诸多西方法学著作的大规模译介，我国重启的法制进程进一步受到西方法学的深刻影响。当前中国的法律体系可谓奠基于西方法学的概念和体系基础之上。

自20世纪90年代开始的大规模的法律译介，无论是江平先生挂帅的“外国法律文库”“美国法律文库”，抑或许章润、舒国滢先生领衔的“西方法哲学文库”，以及北京大学出版社的“世界法学译丛”、上海人民出版社的“世界法学名著译丛”，诸多种种，均注重于西方法哲学思想尤其英美法学的引入，自有启蒙之功效。不过，或许囿于当时西欧小语种法律人才的稀缺，这些译丛相对忽略了以法律概念和体系建构见长的欧陆法学。弥补这一缺憾的重要转变，应当说始自米健教授主持的“当代德国法学名著”丛书和吴越教授主持的“德国法学教科书译丛”。以梅迪库斯教授的《德国民法总论》为开篇，德国法学擅长的体系建构之术和鞭辟入里的教义分析方法进入到了中国法学的视野，辅以崇尚德国法学的我国台湾地区法学教科书和专著的引入，德国法学在中国当前的法学教育和法学研究中的地位日益尊崇。然而，“当代德国法学名著”丛书虽然遴选了德国当代法学著述中的上乘之作，但囿于撷取名著的局限及外国专家的视角，丛书采用了学科分类的标准，而未区分注重体系层次的基础教科书与偏重思辨分析的学术专著，与戛然而止的“德国法学教科书译丛”一样，在基础教科书书目的选择上尚未能充分体现当代德国法学教育的整体面貌，是为缺憾。

职是之故，自2009年始，我在中国人民大学出版社策划了现今的“外

国法学教科书精品译丛”，自2012年出版的德国畅销的布洛克斯和瓦尔克的《德国民法总论》（第33版）始，相继推出了韦斯特曼的《德国民法基本概念》（第16版）（增订版）、罗歇尔德斯的《德国债法总论》（第7版）、多伊奇和阿伦斯的《德国侵权法》（第5版）、慕斯拉克和豪的《德国民法概论》（第14版），并将继续推出一系列德国主流的教科书，涵盖了德国民商法的大部分领域。该译丛最初计划完整选取德国、法国、意大利、日本诸国的民商法基础教科书，以反映当今世界大陆法系主要国家的民商法教学的全貌，可惜译者人才梯队不足，目前仅纳入“日本侵权行为法”和“日本民法的争点”两个选题。

系统译介民商法之外的体系教科书的愿望在结识季红明、查云飞、蒋毅、陈大创、葛平亮、夏昊晗等诸多留德小友后得以实现，而凝聚之力源自对“法律人共同体”的共同推崇，以及对案例教学的热爱。德国法学教育最值得我国法学教育借鉴之处，当首推其“完全法律人”的培养理念，以及建立在法教义学基础上的以案例研习为主要内容的教学模式。这种法学教育模式将所学用于实践，在民法、公法和刑法三大领域通过模拟的案例分析培养学生体系化的法律思维方式，并体现在德国第一次国家司法考试中，进而借助于第二次国家司法考试之前的法律实训，使学生能够贯通理论和实践，形成稳定的“法律人共同体”。德国国际合作机构（GIZ）和国家法官学院合作的《法律适用方法》（涉及刑法、合同法、物权法、侵权法、劳动合同法、公司法、知识产权法等领域，由中国法制出版社出版）即是德国案例分析方法中国化的一种尝试。

基于共同创业的驱动，我们相继组建了中德法教义学QQ群，推出了“中德法教义学苑”微信公众号，并在《北航法律评论》2015年第1辑策划了“法教义学与法学教育”专题，发表了我们共同的行动纲领：《实践指向的法律人教育与案例分析——比较、反思、行动》（季红明、蒋毅、查云飞执笔）。2015年暑期，在谢立斌院长的积极推动下，中国政法大学中德法学院与德国国际合作机构法律咨询项目合作，邀请民法、公法和刑法三个领域的德国教授授课，成功地举办了第一届“德国法案例分析暑期班”并延续至今。2016年暑期，季红明和夏昊晗也积极策划并参与了由西南政法大学黄家镇副教授牵头、民商法学院举办的“请求权基础案例分析法课程”暑

期培训班。2017年暑期，加盟中南财经政法大学法学院的“中德法教义学苑”团队，成功举办了“案例分析暑期培训班”，系统地民法、公法和刑法三个领域以德国的鉴定式模式开展了案例分析教学。

中国法治的昌明端赖高素质法律人才的培养。如中国诸多深耕法学教育的启蒙者所认识的那样，理想的法学教育应当能够实现法科生法律知识的体系化，培养其运用法律技能解决实践问题的能力。基于对德国奠基于法教义学基础上的法学教育模式的赞同，本译丛期望通过德国基础法学教程尤其是案例研习方法的系统引入，能够循序渐进地从大学阶段培养法科学生的法律思维，训练其法律适用的技能，因此取名“法律人进阶译丛”。

本译丛从法律人培养的阶段划分入手，细分为五个子系列：

——法学启蒙。本子系列主要引介关于法律学习方法的工具书，旨在引导学生有效地进行法学入门学习，成为一名合格的法科生，并对未来的法律职场有一个初步的认识。

——法学基础。本子系列对应于德国法学教育的基础阶段，注重民法、刑法、公法三大部门法基础教程的引入，让学生在三大部门法领域能够建立起系统的知识体系，同时也注重增加学生在法理学、法律史和法学方法等基础学科上的知识储备。

——法学拓展。本子系列对应于德国法学教育的重点阶段，旨在让学生在三大部门法的基础上对法学的交叉领域和前沿领域，诸如诉讼法、公司法、劳动法、医疗法、网络法、工程法、金融法、欧盟法、比较法等有更进一步的知识拓展。

——案例研习。本子系列与法学基础和法学拓展子系列相配套，通过引入德国的鉴定式案例分析方法，引导学生运用基础的法学知识，解决模拟案例，由此养成良好的法律思维模式，为步入法律职场奠定基础。

——经典阅读。本子系列着重遴选法学领域的经典著作和大型教科书（Grosse Lehrbücher），旨在培养学生深入思考法学基本问题及辨析析理之能力。

我们希望本译丛能够为中国未来法学教育的转型提供一种可行的思路，期冀更多法律人共同参与，培养具有严谨法律思维和较强法律适用能力的新

一代法律人，建构法律人共同体。

虽然本译丛先期以德国法学教程和著述的择取为代表，但并不以德国法独尊，而注重以全球化的视角，实现对主要法治国家法律基础教科书和经典著作的系统引入，包括日本法、意大利法、法国法、荷兰法、英美法等，使之能够在同一舞台上进行自我展示和竞争。这也是引介本译丛的另一个初衷。通过不同法系的比较，取法各家，吸其所长。也希望借助于本译丛的出版，展示近二十年来中国留学海外的法学人才梯队的更新，并借助于新生力量，在既有译丛积累的丰富经验基础上，逐步实现对外国法专有术语译法的相对统一。

本译丛的开启和推动离不开诸多青年法律人的共同努力，在这个翻译难以纳入学术评价体系的年代，没有诸多富有热情的年轻译者的加入和投入，译丛自然无法顺利完成。在此，要特别感谢积极参与本译丛策划的季红明、查云飞、蒋毅、陈大创、黄河、葛平亮、杜如益、王剑一、申柳华、薛启明、曾见、姜龙、朱军、汤葆青、刘志阳、杜志浩、金健、胡强芝、孙文、唐志威（留德）、王冷然、张挺、班天可、章程、徐文海、王融擎（留日）、翟远见、李俊、肖俊、张晓勇（留意）、李世刚、金伏海、刘骏（留法）、张静（留荷）等诸位年轻学友和才俊。还要特别感谢德国奥格斯堡大学法学院的托马斯·M. J. 默勒斯（Thmoas M. J. Möllers）教授慨然应允并资助其著作的出版。

本译丛的出版还要感谢北京大学出版社副总编辑蒋浩先生和策划编辑陆建华先生，没有他们的大力支持和努力，本译丛众多选题的通过和版权的取得将无法达成。同时，本译丛部分图书得到中南财经政法大学法学院徐涤宇院长大力资助。

回顾日本和我国台湾地区的法治发展路径，在系统引介西方法律的法典化进程之后，将是一个立足于本土化、将理论与实务相结合的新时代。在这个时代，中国法律人不仅需要怀抱法治理想，更需要具备专业化的法律实践能力，能够直面本土问题，发挥专业素养，推动中国的法治实践。这也是中国未来的“法律人共同体”面临的历史重任。本译丛能预此大流，当幸甚焉。

李昊

2018年12月

## 中文版序

我的《民法学入门》一书被翻译成中文版，有机会与中文圈内的读者见面，心中甚感喜悦。日本《民法》是在120年前首次得以制定，在最近就债权法部分进行了很大的修改，但作为民法的基础性理解并没有大的改变。可以说，日本的民法立足于120年的经验，慢慢得到成长。不用说，现在中国的民事法秩序也发生了很大的变化，听说革新性的民法典正在编纂。要理解无论是在思想上还是在文化上都有很大不同的、构建日本社会基本民事法秩序的法规和法律思考的应有方法，绝不是一件容易的事情。但是，我想能以较易接近的方式，将本书提供给中国读者，这对于加深中日间的相互理解也是极其有意义的一件事。

本书虽然是以我在供职的两所日本大学（东北大学、东京大学）法学的教育实践中所创建的教材为基础写成，但是包含了研究生水平的内容，或许不少地方很难理解。不过，本书不仅谈法学，还有意考虑到法学与社会学、历史学、经济学等社会科学诸领域在学术上的关联，可以期待通过本书来唤起各个领域学者的关注。

不能否认，本书里的日语表达，不单是专业用语，还有古老的用语等，有很多即使对于日本的学生来说，要读取其微妙的差别，也是很困难的。因此，可以推想得到，要正确地理解本书的内容，并将其翻译成其他语言，是非常艰难的工作。并且，对于地域不同、文化背景不同的人来说，想要正确地把握一些概念和表述所要传达的意思更加困难。再加上，正因为同属于汉字圈，不能无视因未注意概念之间的差异而产生误解之风险的存在。当然，在相互交流上不能害怕产生误解，而应该认识到这是与翻译工作一直纠缠在一起的风险。本书的翻译出自日语能力非常优秀的两位学者——郭延辉先生和王冷然教授（日本南山大学）的共同合作。郭延辉先生最先将本书的第1章至第10章作了初译，王冷然教授为了方便中国读者的阅读，对该译文作了逐一的探讨研究，不仅进行了修改，还作了许多译者注释和解说，在此之

上，又翻译了补讲部分的判例和裁判例。尤其是王冷然教授，不仅多次聆听了成为本书雏形的我在东北大学所担任的“民法入门”的讲课，而且拥有在自己任教的大学里使用本书进行讲课的实践经验，关于本书的内容，她一边留意于特别是对于中国读者来说较难理解的部分，一边进行翻译。得助于王教授，原著里我自身的错误也得到了很多的指正。对于两位的翻译，从心里致以谢意！

祈愿本书能对中日两国民事法学的相互理解有所贡献。

日本青山学院大学教授 河上正二

2019年1月

## 第2版增订本序

本书第2版于2009年3月出版后已历时5年。这期间，对于日本来说，经历了极其严酷和急剧的变化。尤其是2011年3月发生的东日本大震灾，夺走了众多尊贵的生命，给日本带来了前所未有的损害。3年过去后的现在，受害状况还在持续，修复、重建的道路还很漫长。

有幸的是，超出笔者的预想，本书得到许多人的使用。本书还被用于市民的法教育，并得到很多温暖的鼓励之语。本来，应该花一些时间对内容进行全面的重新审视，但在社会发生大变化之际，对现在的笔者来说，没有多少富余的时间，所以请允许借增加印刷之际，对第2版之后挂念的几处予以修改，作为第2版增订本。增订本所作的较大修改在“第10章”和“补讲”部分，具体包括：第一，在修改有关老龄化数据的同时增加了阐述；第二，新增加了第10章第4节，介绍了民法（债权法）的修改动向；第三，在“补讲”部分追加了关于非婚生子女的继承份额的最高裁判所大法庭的违宪决定。另外，在整体上，对本书引用的文献重新作了调整，以便读者能够更容易查到。除此之外，对一些表述也进行了修改。

在这次增补之际，同前几次一样，得到了日本评论社的中野芳明先生的大力支持，在此表示感谢。

河上正二  
2014年3月

## 第2版序

本书于2004年10月作为民法总则讲义的序论部分出版后，经历了以民法的现代语化为主的若干法律修改，因此，有必要对其进行一定的订正、补充。并且，在大学里，将本书用于入门讲义和研讨材料等的老师们，也有很多人提出了能否再追加一些用作素材的具体的裁判案例的建议。因此，在对本书进行最小的必要修改的同时，作为补讲，又附加了将会引起读者兴趣的著名判决、决定作为素材的一章，以此内容作为本书的第2版。希望这样可以加深读者的印象，能够使读者更充分地体会到民法学的真谛。如果能将本书与拙著《民法总则讲义》（日本评论社出版）一起使用的话，笔者将深感荣幸。

另外，与第1版一样，在本次修改之际，得到了日本评论社中野芳明先生的大力支持。并且，在校样校正阶段，熊谷士郎老师〔金泽大学（现在青山学院大学）〕和深泽泰弘老师（岩手大学）对本书进行了通读，并提出了宝贵的意见。在此一并表示感谢。

河上正二

2009年3月

## 初版序

本书以笔者供职东北大学法学部讲授的民法总则序论部分（民法法入门）的讲义稿为基础，主要是为法学部或法学研究生院非法学专业的新生——开始学习民法课程的“年轻的优士丁尼”们而写的。实际上，讲课是通过预先将裁判例资料发给学生，利用移动麦克和学生们在课堂上进行应答的方式进行的。

2004年4月设立的“法学研究生院”，从其准备阶段开始就成了全国范围的法学部改革的导火线，引起了关于大学法学教育应有状态的各种各样的讨论。虽然讨论本身是大受欢迎的，但却让人觉得在渐渐迷失方向。并且，随处可见的甚或歇斯底里的对历来法学教育的批判和对法律人士素质低下的慨叹，虽说可以为改革带来推动力，但或许有些过于异常。以笔者的见闻为限，近来法学部的教育在考虑实务的同时，正在为培养学生们的认真研究问题的能力、进行基础性分析的能力，以及为得出一定结论而展开逻辑性讨论的能力而进行各种各样的努力。尽管还有很多应予改善的地方，但作为培养优秀人才的教育体制，现在的法学部教育已经达到了相当高的水平，至少很多从事实体法教育的法学教师以此为目标已做出了不断的努力，因此，（除针对部分例外的批判外）对法学教育现状的批评可以说是完全离题的。对之前的实体法教育进行的批判，一边关注着司法制度改革审议会意见书和法学研究生院的设置标准；一边着眼于“与实务相结合”“双方向的少数人教育”等功能性教育（若不考虑附加了若干实务的技术性部分这一点），这不但与之前法学部和研究生院的“专题研讨课”（seminar）等所采取的教育方法和教育内容没有多大的差别，而且若将人力和时间等因素考虑在内，甚至还有部分倒退的一面。这让人觉得，与实体法教育无缘的人们，可能会对法学部的实体法教育和研究型法学教师抱有很大的误解，抑或在大众化的大学法学教育中，可能也混入了不太好的法学教育。不幸的是，未能接触优秀法学教育的人或只依赖补习学校的教育而没有好好对大学教育进行过考虑的人，对此又进行了过度宣传。正因为希望耗费了巨大精力的本次改革活动能

够给日本法学部的研究工作、教育环境带来哪怕些许的改善，所以无论如何都要避免犯磨瑕损玉的错误。

尽管如此，作为法学研究生院的教育内容，其所要求的事项里存在着对一定方向的内容倾注完全没有必要的力量之处，所以不能否认在培养基础性学力这一点上，无论是对学生还是对教师来说，都有一种强人所难的感觉。新的法学研究生院的学生们恐怕会被要求，在拼命进行自习的同时，还要跟上课程。若没有相当能力，可能很难自行消化全部课程。正因如此，制度上很可能获得教养课地位的“法学部”的专业教育和法学研究生院非法学专业新生课程中的基础教育所发挥的作用是极其重大的。本来，将核心放在判例法上的国家的美国型法学院的法律人才培养和大陆法系的法律人才培养体系，在所要求的资质与知识的偏向上当然是有差异的，学习掌握被当作“法”的内容的过程也是不一样的。如果对通过实务与法学的适当分工来实现法律的健全发展缺乏认真考虑，可能连形成法律人才培养基础的部分都面临瓦解的危险，这绝不是笔者一个人的担心吧！

法与法学的发展教给了我们很多东西。在罗马法迎来黄金时期的古典期，帕比尼安、保罗、乌尔比安这些伟大的法学者们，在“方式书诉讼”（*iudicium per formulas*）的一定制约下，瞄准“正义”，力求以权利义务分配的形式来实现概念的精细化，倾注了令人难以置信的努力。但是，当罗马帝国的版图扩大，需要更多的法务官吏时，探索出了新的诉讼形态。未熟习法学的“法律家”到处实施即席裁判，在利用仅有的办案指南和实务上的直觉来摸索稳妥的结果；运用含糊的专业用语来随意处理问题的同时，也将古典期的法破坏殆尽的情况是很有名的。这样，虽然法律工作者的人数增加了，但对“何为正确的”能够从正面进行逻辑性阐述的人却急剧减少，按照自己的方式引用过去的“权威书”，随意进行推论或讨论的情况层出不穷，但水准却急剧降低。对于尊重古典期的严密而精致的思考的人们来讲，这种法的变化就是粗劣的、胡乱的“法的衰退”，他们将这种状态比作拉丁语向罗曼斯语的变化，称其为“法的卑俗化”。虽然对其有不同的评价，极具讽刺意味的是，在所谓的“卑俗法”隆盛之前，2世纪时痴迷于法的最高水准的人才最终背离了法而转向天上的理论，使“神学思想”遍地开花。优士丁尼为这种法的混乱画上了休止符，在恢复黄金时期的法的同时，为了使法符合时代的要求，其即位后立即开始编纂《罗马法大全》。以当时的法

务长官特里伯尼安纽斯为中心的委员会经过了3年的艰苦努力，将作为教科书的《法学提要》和主要来自古典时期的权威书籍摘要《学说汇纂》，以及新旧敕法集总结在一起，于534年完成《罗马法大全》。对当时的一般法律专家来讲，这似乎还是有些过于庞大，各地为此制作了《罗马法大全》摘要版。这样，法学进入了很长的“睡眠期”。众所周知，《罗马法大全》成了“诺亚方舟”，它穿越长期的黑暗时代，于12世纪在波伦亚大放异彩。优秀的年轻人从欧洲各地汇集到波伦亚，作为现在的大学法学部雏形的波伦亚法学校诞生了。当时最聪明的人才再一次接触到了作为“书写的理性”的罗马法的精髓。基于充满热情的各种研究而进行的大量的注释，最终通过从神学解放出来的近代自然法思想和启蒙主义理性的过滤器，结出了《法国民法典》之果实；通过潘德克顿法学精致的学术性，创造出了像《德国民法典》这样的具有代表性的近代成文法典。之后，日本于明治时期从中学到了“法”为何物。

“西塞罗的事情就听由西塞罗处理。”我们没有必要赞赏那些热衷于理论研究的古代法学者们，也不必同情远离了成为“卑俗法”而使法律学衰退了的神学者们。之所以如此说，是因为社会需要很多真正优秀的具备法律素养的人才，为此就要不断地进行必要的工作和改良。不过，这需要时间，也不能忘记其中看似无用的工作，保持持续的紧张感也是必要的。因为学问里包含着种种要素，我们深知，热衷于根本不会发生的设例和吹毛求疵的解释论，以及为厘清概念的界限而长年累月地埋头于鱼龙混杂、堆积如山的文献，这样的工作最终会获得巨大的学术价值和副产物，并且丰富的法学研究将会给法学教育提供坚实的基础，这将成为培养优秀法律人才的素材。

对逐渐成长的法律专业人才来讲也是一样。真正优秀的法律专业人才绝不是可速成的，而是在优秀的指导者和朋友之中，在自由的学习、思考和辩论的环境下，像植物生长一样慢慢成长起来的。培养其对人与对社会具有的深邃的洞察力，无论遇到什么样的新问题，都能够以正确的态度进行处理，找到适当的解决办法，这样的基础性能力绝非易事。在法实务中，不光要有法律知识，若不动动起可称为综合性的“人之能力”，是难以期待妥当处理解决问题的。

诚然，在法学教育中，关注实务是重要的，亦可从中期待法学的新发展。从这一意义上讲，与实务的结合、协作应当是大受欢迎的。在将法学研

研究生院作为培养法律专业人才的专门地方的情况下就更是如此。另外，法并不只是“裁判规范”，还是人们日常的“行为规范”“社会规范”。撇开实务，在作为理论体系和学术整体的“法学”中，试着对问题进行定位，对一定的概念和观念的根本性意义、相互关系、历史变迁进行研究梳理，养成对现状进行批判思维的能力，以及与任何事情相比，培养自己去思考何为“正确的”能力，这些对于培养健全的社会人来说，无疑同样都是重要的工作。作为实体法科目教育的使命，不得不将重心首先放在一边对实体法的意义、内容予以明确，使其很好地理解制度宗旨；一边锻炼其运用的方法和操作能力；同时有必要考虑实务性的要求。但是，法学教育的课题并未到此为止，若不能很好地理解其背后的价值对立、人际关系和给社会整体带来的影响等，不具备有时能够从“外部”对法进行多角度观察的思考能力，是无法期待法律的健康发展和培育健全的法律专业人士的。也正因为如此，本书斗胆地将民法标榜为“人之学问”，将书名称作“民法学入门”。

笔者作为不断地被不分青红皂白地批评为“现在这样的法学教育不行啊”的法学部部长，天天忙于法学研究生院的设立准备工作，在国立大学法人化和大学评估资料的准备中耗费了大量时间，在疲劳困顿的每一天的生活里，在甚至感到了民法学的存亡危机的同时，挤出睡眠的时间，总算为学生们写出了这本书。笔者虽深知本书在内容上还不够成熟，但希望能将作为一门学问的“民法学”的部分魅力传播给读者。

本书的原型是2003年5月至2004年3月连续刊登在《法学セミナー》上的《民法总则讲义》（序论部分）。该杂志编辑中野芳明先生最大限度地尊重了笔者的意图和任性，有时给予激励，有时又以超人的忍耐力使拙稿的持续连载成为可能。若没有他的协力，本书的出版是无法得以实现的。另外，东北大学研究生院法学研究科的研究生们，也对本书的出版给予了多方面的帮助。在此一并表示感谢。

在写作过程中，深感本书的内容多来自恩师星野英一先生的教诲。谨以拙著，敬献星野先生。

河上正二

2004年10月

# 凡 例

## 1. 日本判例、裁判例的表示方法

(1) 判例一般是指最高裁判所作出的判决（决定）。判例的表示方法为：  
最判（决）××年××月××日，刊载文献。

最高裁××年××月××日判决（决定），刊载文献。

例：最高裁判所在平成8年3月26日所作出的判决（决定）的表示方法为：

① 最判（决）平成8年（1996年）3月26日，《民集》第50卷第4号，第993页。

② 最高裁平成8年（1996年）3月26日判决（决定），《民集》第50卷第4号，第993页。

其中，“最判（决）……”或“最一判（决）……”“最高裁（第一小）……判决（决定）”则表示是由最高裁判所小法庭或最高裁判所（第一小法庭）所作出的判决（决定）；

“最大判……”或“最高裁（大法庭）……判决（决定）”则表示是由最高裁判所大法庭所作出的判决（决定）。

(2) 裁判例一般是指各地方裁判所和高等裁判所作出的判决。裁判例的表示方法为：

地名+地（高）判××年××月××日，刊载文献。

地名+地（高）裁××年××月××日判决，刊载文献。

例1：大阪地方裁判所平成6年3月29日作出的判决的表示方法为：

① 大阪地判平成6年（1994年）3月29日，《判时》第1493号，第29页。

② 大阪地裁平成6年（1994年）3月29日判决，《判时》第1493号，第29页。

例2：东京高等裁判所昭和62年10月8日作出的判决的表示方法为：

① 东京高判昭和62年（1987年）10月8日，《家月》第40卷第3号，第45页。

② 东京高裁昭和62年（1987年）10月8日判决，《家月》第40卷第3号，第45页。

2. 判例研究、判例评解文献的表示方法为：

作者姓名，《杂志名称》卷号，页。

例：潮见佳男，《法学教室》第278号，第120页。

3. 判例集、杂志的简全称对照如下：

《民録》：《大审院民事判决録》

《刑録》：《大审院刑事判决録》

《民集》（《大民集》）：《大审院民事判例集》[大正11年（1922年）—昭和21年（1946年）]

《刑集》（《大刑集》）：《大审院刑事判例集》[大正11年（1922年）—昭和22年（1947年）]

《民（刑）集》：《最高裁判所民事（刑事）判例集》[昭和22年（1947年）— ]

《高民集》：《高等裁判所民事判例集》

《下民集》：《下级裁判所民事裁判例集》

《判時》：《判例時報》

《判評》：《判例評論》

《判夕》：《判例タイムズ》

《金法》：《金融法務事情》

《金判》：《金融・商事判例》

《交通民集》：《交通事故民事判例集》

《家月》：《家庭裁判月报》

# 目录

第 1 章 民法的意义与功能 .....	001
邻居间之诉讼案件[津地裁昭和 58 年(1983 年)2 月 25 日判决]	
1. 在阅读判决之前 .....	002
2. 事故的经过 .....	004
3. 问题之所在(合同责任与侵权责任) .....	006
4. 关于合同责任 .....	008
5. 关于“侵权责任” .....	012
6. 处理纠纷的方法 .....	021
7. 判决之后 .....	022
8. 法化与日本人的法意识 .....	023
第 2 章 民法上“权利”的含义 .....	026
宇奈月温泉案件[大审院昭和 10 年(1935 年)10 月 5 日判决]	
1. 在阅读判决之前 .....	027
2. 案件的经过 .....	029
3. 问题之所在与裁判所的判断 .....	030
4. “权利滥用”的含义 .....	034
5. 权利滥用的善后处理 .....	036
6. 权利的形式与实质 .....	038

第 3 章	作为“人之法”的民法 .....	040
	阪神地铁案件[大审院昭和 7 年(1932 年)10 月 6 日判决]	
1.	在阅读判决之前 .....	041
2.	案件的经过 .....	041
3.	问题之所在与裁判所的判断 .....	043
4.	判决之后 .....	055
5.	今日法秩序上的“人”与“人之法” .....	057
第 4 章	民法上的权利的实现与“公序良俗” .....	060
	陪酒女预借工资案件[最高裁昭和 30 年(1955 年)10 月 7 日判决]	
1.	在阅读判决之前 .....	061
2.	案件的经过等 .....	063
3.	问题之所在与裁判所的判断 .....	065
4.	何谓违反“公序良俗” .....	066
5.	谁是法律关系的真正当事人 .....	070
6.	两个合同的关联性 .....	072
7.	违法原因给付与“干净的手”的原则 .....	076
8.	判决与时代精神 .....	079
第 5 章	支配民法的“诚信原则” .....	083
	公寓分售合同谈判破裂案件[最高裁昭和 59 年(1984 年)9 月 18 日判决]	
1.	在阅读判决之前 .....	084
2.	案件的经过 .....	086
3.	问题之所在 .....	087
4.	裁判所的判断 .....	088
5.	应如何思考 .....	090
6.	支配合同法的诚信原则——以债务内容为中心 .....	092

7. 其他诚信原则的适用情形 .....	098
8. 诚信原则从何而来 .....	103

## 第 6 章 罗马法的继受与日本《民法》 .....

附条件解放奴隶遗嘱案件[古罗马时代(具体年代不详)]

1. 前言 .....	107
2. 案件的经过等 .....	108
3. 欧洲对罗马法的继受 .....	111
4. 日本《民法》的产生 .....	119
5. 新《宪法》与“家族法”的修改 .....	126
6. 日本自身的东西 .....	129

## 第 7 章 民法规范的成本与收益(法的经济分析) .....

提供搬家补偿费强化“正当理由”的案件[最高裁昭和 38 年(1963 年)3 月 1 日判决]

1. 在阅读判决之前 .....	133
2. 案件与裁判所的判断 .....	135
3. 本判决的意义与其后的变化 .....	137
4. 法的经济分析之构想 .....	139
5. 从合同法的经济分析开始 .....	146
6. “法与经济学”的可能性与界限 .....	151

## 第 8 章 民法上的一般法、特别法及法的解释 .....

请求返还超出限定利率部分的利息案件[最高裁(大法庭)昭和 43 年(1968 年)11 月 13 日判决]

1. 在阅读判决之前 .....	155
2. 案件的概要与裁判所的判断 .....	157
3. 问题之所在与如何理解 .....	161
4. 关于利息的一般法与特别法的规定 .....	165
5. 一般法与特别法 .....	172

6.	关于法的解释 .....	177
<b>第 9 章</b>	<b>民法所体现出的宪法价值 .....</b>	<b>184</b>
	自卫官合祀案件[最高裁(大法庭)昭和 63 年(1988 年)6 月 1 日判决]	
1.	在阅读判决之前 .....	185
2.	案件的经过 .....	188
3.	裁判所的判断 .....	192
4.	问题 .....	197
5.	分析 .....	198
6.	民法与宪法规范 .....	212
<b>第 10 章</b>	<b>现代社会上的民法 .....</b>	<b>219</b>
	老龄化、高度信息化、国际化、民法(债权法)修改	
<b>第 1 节</b>	<b>老龄化社会的应对 .....</b>	<b>220</b>
1.	老龄化的现状 .....	220
2.	对意思能力、判断能力衰退者的援助 .....	228
3.	围绕老龄人合同的法律环境建设 .....	236
4.	老龄人的生活 .....	243
<b>第 2 节</b>	<b>高度信息化的应对 .....</b>	<b>247</b>
1.	信息化 .....	247
2.	伴随高度信息化的诸问题 .....	247
3.	电子交易与民法 .....	249
4.	小结 .....	256
<b>第 3 节</b>	<b>国际化的应对 .....</b>	<b>257</b>
1.	国际化 .....	257
2.	涉外法律关系与国际私法 .....	257
3.	统一私法的动向 .....	258
<b>第 4 节</b>	<b>民法(债权法)修改的动向 .....</b>	<b>263</b>

第 11 章	补讲——问题的展开	276
第 1 案件	错误与瑕疵担保责任	277
	请求返还买卖价款等的案件[大阪地裁昭和 56 年(1981 年)9 月 21 日判决]	
第 2 案件	无权代理人与其他人共同继承本人的情形	282
	请求返还贷款案件[最高裁(第一小)平成 5 年(1993 年)1 月 21 日判决]	
第 3 案件	占有改定与善意取得	288
	确认动产所有权与请求交还该动产的上告案件[最高裁(第一小)昭和 35 年(1960 年)2 月 11 日判决]	
第 4 案件	不动产交易上当事人的意思、责任和信赖	293
	请求注销所有权转移登记的登记手续案件[最高裁(第一小)平成 18 年(2006 年)2 月 23 日判决]	
第 5 案件	在不动产交易上从背信的恶意人处取得该不动产者(转得人)	297
	请求确认公用道路等案件[最高裁(第三小)平成 8 年(1996 年)10 月 29 日判决]	
第 6 案件	提款卡的盗用和对债权的准占有人的清偿	303
	请求返还存款案件[最高裁(第三小)平成 15 年(2003 年)4 月 8 日判决]	
第 7 案件	当事人间的公平与过失相抵的类推适用	308
	请求损害赔偿案件[最高裁(第三小)平成 8 年(1996 年)10 月 29 日判决]	
第 8 案件	关于产品责任	312
	请求损害赔偿案件[大阪地裁平成 6 年(1994 年)3 月 29 日判决]	
第 9 案件	癌症的告知	317
	请求损害赔偿案件[最高裁(第三小)平成 7 年(1995 年)4 月 25 日判决]	
第 10 案件	不贞行为与来自配偶的精神损害赔偿请求	321
	请求损害赔偿案件[最高裁(第三小)平成 8 年(1996 年)3 月 26 日判决]	

第 11 案件	来自有责配偶的离婚请求与破裂主义离婚·····	325
	请求离婚案件[最高裁(大法庭)昭和 62 年(1987 年)9 月 2 日 判决]	
第 12 案件	幼儿的交还与请求人身保护·····	335
	请求人身保护案件[最高裁(第三小)昭和 49 年(1974 年)2 月 26 日判决]	
第 13 案件	非婚生子女的继承份额(1)·····	339
	就驳回控告遗产分割审判的决定的特别控告案件[最高裁(大法 庭)平成 7 年(1995 年)7 月 5 日决定]	
第 13 案件	非婚生子女的继承份额(2)·····	357
	就驳回控告遗产分配审判的决定的特别控告案件[最高裁(大法 庭)平成 25 年(2013 年)9 月 4 日决定]	

结 语	民法的印象·····	373
	写给开始从事民法解释学的人	

1.	巨大的人造构筑物·····	373
2.	形成像镶嵌木工艺一样相互支撑的结构·····	375
3.	民法解释的大工具、小工具·····	375
4.	解释论的展开与逻辑推理·····	376
5.	作为原型的规范群·····	377
6.	法律解决的部分性、局限性·····	378
7.	整体与部分的反馈·····	378
8.	最后,再加一句话·····	379

主题词索引·····	381
------------	-----

译后记·····	393
----------	-----

# 民法的意义与功能

邻居间之诉讼案件 [津地裁昭和58年(1983年)2月25日判决]

### 【本章的课题】

从一直以来的法学教育体系来看,学习“民法总则”<sup>[1]</sup>的大多数学生,都是刚刚开始学习民法(抑或是法律)的。民法在社会生活中发挥什么样的功能、整体上具有什么样的特征和结构,即使是有个粗略把握,并在脑海中形成一个印象,想必对今后的学习也会很有帮助。

本章通过一个具体的案件,刻画出民法作为解决人与人之间纠纷的规范在结构、思维方式、法的解释与适用上的应有状态,并以此作为开始学习的引子。

本章所涉及的是围绕昭和52年(1977年)发生的幼儿溺亡事故而提起的邻居间的诉讼案件[“邻居间之诉讼案件”,参见津地裁昭和58年(1983年)2月25日判决,《判時》第1083号,第125页]。关于案件事实经过的评价,或许会因为时代的变迁而有变化,但是,法在这里所发挥的功能,即便是今天也没有发生改变,其所提起的问题,仍然是需要我们继续研究的课题。法,作为“纠纷的解决规范(尤其是裁判规范)”,或者是作为“人们的行为规范”,究竟能发挥多大的作用?在社会纠纷的综合解决与预防上,让我们在意识到法所能发挥的功能具有部分性和局限性的同时,也思考一下法律工作者究竟能做些什么。以法解

[1] 在日本的大学法律系(日本叫“法学部”)里,一般是把民法分成民法总则、物权法总论、担保物权法、债权总论、债权各论(合同法与侵权行为法)、家族法[亲属法(婚姻法与收养法)、继承法]等课程来授课,法学部的学生通常都是要先从民法总则开始学习民法的。——译者注

释学为主的民法学习，不能止步于对条文操作方法的掌握，希望大家能够把民法作为更深刻的人之学问来进行学习。

## 2 1. 在阅读判决之前

本案件的标题部分写有“请求损害赔偿案件”，案件记录号码为津地裁昭和 52（ワ）190 号、津地裁昭和 54（ワ）147 号。由此可知，本案是作为津地方裁判所<sup>〔1〕</sup>的“（ワ）一般诉讼案件”，于昭和 52 年（1977 年）与昭和 54 年（1979 年）分别受理，并在受理后合并审理的诉讼，该诉讼是以 X（诉方，即原告）向 Y（被诉方，即被告）提出损害赔偿“请求”的形式进行的\*。

\* 民事诉讼大体可分为三种：请求金钱、财物等给付的“**给付之诉**”；确认亲子关系、土地界限等的“**确认之诉**”；撤销合同等变更法律关系的“**形成之诉**”。本案是原告向被告请求支付损害赔偿金的案件。

判决理由根据当事人双方的陈述，从认定引起纠纷的事实开始。当然，对“活生生的事实”进行非常细致全面的描述是不可能的，目前也没有这个必要。只要能够为当事人的一定主张或请求提供有法律依据的必要事实就足够了。因为法律问题的解决，基本上是通过反复使用“三段论法”得出结论。所谓“三段论法”，即对于满足法定要件的事实，具体适用法律规范，以此推导出基于规则的法律效果。因此，撰写判决理由的初步工作就是基于证据，对依据法律规定和判例规则进行取舍而构成的具有法律意义的事实（法律上的事实）进行认定。

重复一下，在裁判上，以解决纠纷为目的的“法律运用”是指：①对作出判断所必需的事实进行认定；②发现应当适用的规则；③“法的解释”

---

〔1〕日本的“裁判所”相当于中国的“法院”；“津”是日本三重县的省会城市。——译者注

(明确规则内容的工作)；④ 将“解释后的法”作为大前提来对认定的事实(小前提)进行应用；⑤ 因规则的适用而发生“法律效果”。法律工作者就是要按这样一个流程来面对事实的(见图 1-1 所示)。

3

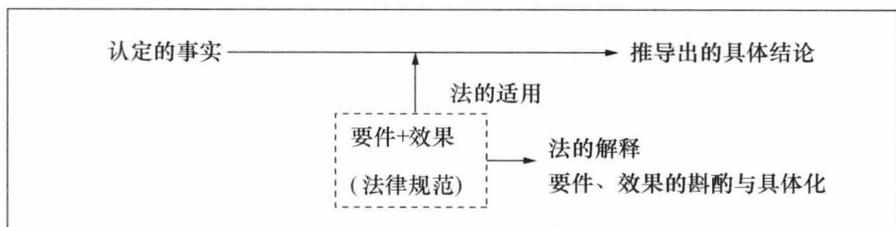


图 1-1

特别是在裁判上，为了支持一定的法律主张、请求所必需的事实被称为“要件事实”，当事人如果不能对之进行主张、举证的话，就不能推导出一定的法律效果（例如，被告的损害赔偿 responsibility）。这种情况下，就要将该事实在于真伪不明状态时的法律上的不利风险的分配作为“举证责任”进行讨论。在民事诉讼上，根据作为诉讼客体的实体法上的权利的存否（这里是指损害赔偿请求权这一权利的有无）决定胜败，该权利的存否，应当通过满足这样的法律效果发生的基础要件事实的存否进行判断。逆言之，当事人被要求记住能推导出一定法律效果的一系列规则，从杂乱的事实关系中，对在裁判上作为要件所必要的事实进行选择取舍来形成自己的主张。在此意义上，法律规范发挥了解读社会的事实关系、作为一定的法律问题将其再次进行组织、提供解决这一问题的指南等探照灯一样的功能。本来，因为法律并没有预想到所有的情况，并个别具体地准备好对之进行妥当处理的办法，所以在进行法律解释时，有必要慎重地斟酌它的内容与适用范围，使其符合现实。另外，需要注意的是，因为民事裁判无论如何都要在当事人的主张、举证活动的基础上进行审理（称为“当事人主义”），所以通过证据审查而确定的事实（认定事实），未必就是“真实事实”。法律只能在整体社会的一部分场合，并只能通过有限的形式对问题进行解决。对这一点，如不加理解

4 地发表议论不仅是傲慢的，还是十分危险的。〔1〕

## 2. 事故的经过

根据判决认定的事实，事故的经过如下（见图 1-2、图 1-3 所示）：

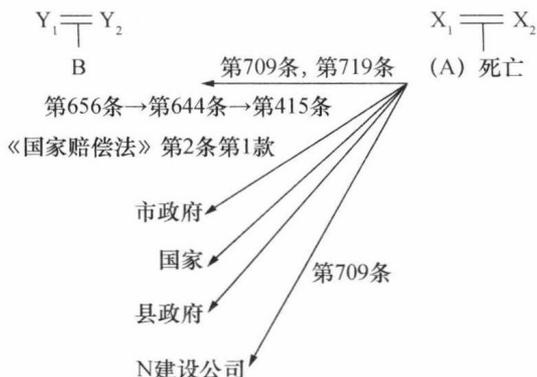


图 1-2

在三重县 S 市〔2〕的郊外，以前就有一个灌溉用的蓄水池，周围有一个民间开发商建设的住宅小区，该小区里住着 X 夫妇与 Y 夫妇。昭和 52 年（1977 年）5 月 8 日下午 2 点左右，X 夫妇的孩子 A（当时 3 岁 4 个月）到 Y 夫妇家去找 Y 夫妇的孩子 B（幼儿园小朋友）玩耍。Y 夫妇当时正在家里大扫除，两个孩子骑着自行车在 Y 家附近玩耍。过了 2 点半，X<sub>2</sub> 在去买东西的途中来到 Y 夫妇家，想带 A 一起去，因为 A 不想去，所以 Y<sub>1</sub> 说了句，“就让他在这儿玩吧”，X<sub>2</sub> 也只好说“那就这样

〔1〕关于“要件事实”与“事实认定”的问题，请参考伊藤滋夫、山崎敏彦编：《ケースブック要件事实・事实認定》（第 2 版），有斐阁 2005 年版，第 2 页以下（伊藤执笔）；伊藤滋夫：《要件事实・事实認定入門》（补订版），有斐阁 2005 年版。关于民事裁判程序方面的简要概说，请参考中野贞一郎：《民事裁判入門》（第 3 版补订版），有斐阁 2012 年版；山本和彦：《よくわかる民事裁判——平凡吉訴訟日記》（第 2 版补订版），有斐阁 2008 年版，该书也颇有意思。

〔2〕根据日本的行政区划，“县”相当于中国的“省”，“县”下设“市”，这与中国“市”下设“县”恰恰相反。——译者注

吧”，让 A 继续在那里玩，并转而对  $Y_2$  表达了“我有事要出去一趟，拜托了”的意思， $Y_2$  回答说，“两个孩子在一起玩，不会有问题的”（判决理由上写的是“接受了委托”）。其后 10—15 分钟，孩子们同之前一样，在小区的道路和朝向池子的空地上骑自行车玩， $Y_2$  在扫除之余，招呼着两个孩子。因为正在大扫除， $Y_2$  进入室内 7—8 分钟左右，其间，孩子们从没有栅栏的空地（乙地）来到了蓄水池的岸边。这个水池从池边开始至五六米远时，水深只到成人的膝盖左右，但再向里走，则深度陡升至三四米。以前，并没有这样突然变深，但最近为了蓄水，水利合作社委托 N 建设公司进行了加深作业。来到池子边的两个孩子，其中的 A 平素就活泼好动，那天虽然仍处在 5 月，但也是令人冒汗的天气，好像他突然说了声“游泳”就跳进池子里了。B 因为平常就被父母教育说进入池子危险，所以，没有靠近岸边。结果，因为 A 潜入水中一直没有出来，B 就返回家中将这一异常情况告诉了 Y 夫妇。Y 夫妇立即带着 B 来到池边，附近的人们也过来帮忙，进入池中搜索，结果，在离池边五六米远、水深三四米的地方，发现了沉在池底的 A，虽然立即捞起送往医院，但因施救太迟，A 最终没有获救。

5

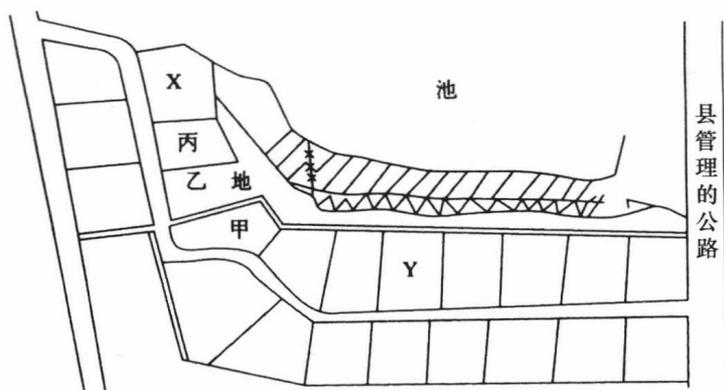


图 1-3

### 3. 问题之所在（合同责任与侵权责任）

本案中，死亡孩子 A 的父母 X 夫妇（ $X_1$ 、 $X_2$ ）不仅向 Y 夫妇（ $Y_1$ 、 $Y_2$ ），还向蓄水池所在的市政府以及国家、县政府均提出了损害赔偿的请求。并且，承担该水池加深作业的建设公司也被加为被告。从判决标题可知，几个诉讼被合并审理。根据资料，X 夫妇最初将 Y 夫妇和市政府列为被告，昭和 54 年（1979 年），将国家、县政府、建设公司追加为被告。先以 X 夫妇对 Y 夫妇的主张为主，看看其基于何种理由提出损害赔偿的请求。

根据“请求的宗旨、请求原因”，本案有两个方面的责任原因被指出：

①“X 夫妇出于为了 A 的目的，委托 Y 夫妇对 A 进行看管保护，Y 夫妇接受了该委托，在此，以上述内容为宗旨的准委托合同成立了。所以，Y 夫妇有义务根据委托的宗旨，以善良管理人的注意义务来处理看管保护的事务。”但是，Y 夫妇怠于履行上述义务。

②“假使上述合同关系不能被认定，从上述事实关系来看，对于 A 的看管保护，Y 夫妇也负有推理上或诚信原则上的注意义务……因为 Y 夫妇怠于履行上述义务，不能免除日本《民法》第 709 条<sup>[1]</sup>、第 719 条<sup>[2]</sup>所规定的侵权行为责任。”

这里列举了引起一定义务（作为违反这一义务结果的损害赔偿责任）产生的两个重要契机，这就是“合同”与“侵权行为”。附带说一下，关于国家、县、市政府，追究其应确保蓄水池安全这样的公共建造物的设置、管

---

[1] 日本《民法》第 709 条规定：“因故意或过失而侵犯他人的权利或法律上所保护的利益者，对由此而给他人造成的损害负有损害赔偿责任。”

在日本，学理上通常用“日本民法典”一词指作为制定法的《民法》，“民法”一词的范围更广泛，不仅包括《民法》，还包括《利息限制法》《不动产登记法》等民事特别法。为行文方便，后文未经特别注明法律名称的条文，均指日本《民法》的条文。未特别注明的法律，均指日本的法律。另外，原著中所引用的《民法》条文均为现在正在实施的日本《民法》的条文。日本《民法》中的债权法部分的内容在 2017 年 5 月 26 日得以大幅度修改，修改后的《民法》将于 2020 年 4 月 1 日起施行。——译者注

[2] 日本《民法》第 719 条第 1 款规定：“二人以上因实施共同侵权行为而给他人造成损害时，承担连带损害赔偿。无法判明损害是由哪一个共同侵权人造成的时，也同样负连带损害赔偿。”第 2 款规定：“教唆行为人者以及帮助行为人者，作为共同侵权人，适用前款的规定。”——译者注

理责任（请参考《国家赔偿法》第2条）；关于N建设公司，将其在完成本案蓄水池的沙土采掘工程后，对蓄水池的危险状态放置不理作为问题，总之都是在主张侵权责任的存在。

本来，人是自由的，原则上可以不受任何人的约束而行动或者不行动，只有根据自己作出的约定和法律的规定才能使人承担义务（作为人，依据自己的意思和法以外的原因而被他人要求承担义务的情形是不存在的）。X夫妇主张，Y夫妇违反了因约定而产生的义务，也违反了一般的法律上的注意义务，在此指出了Y夫妇对他人负有两个主要义务（**债务**）的原因\*。

\*【**债权与债务**】 某人对特定的他人负有一定的责任和义务，称之为“**债务**”，与此相对，对方的权能及其法律地位被称为“**债权**”。处于能够要求他人为一定给付行为之法律地位的人被称为“**债权人**”，对方则被称为“**债务人**”。原则上，法律认可债权人对债务人要求一定的给付、受领并保持该给付（**请求力、执行力、给付保持力**）。两者的关系被称为“**债权（债务）关系**”，这里的法律关系规范群形成了“**债权法**”的领域（第399—724条<sup>〔1〕</sup>）。根据债权债务发生的原因不同，7债权关系可以分为基于合同的**债权（债务）关系**和基于法定的**债权（债务）关系**。民法的“**债权各论**”部分，由规定了各种合同的“**合同**”（第521—696条）和规定了各种法定**债权（债务）关系**的“**无因管理**”（第697—702条）、“**不当得利**”（第703—708条）、“**侵权行为**”（第709—724条）构成，各种**债权（债务）关系**上的共同规则形成了“（**债权**）**总则**”部分（第399—520条）。

对本案问题进行详述如下：

第一个问题是，X<sub>2</sub>与Y夫妇之间是否缔结了“关于看管保护孩子的具有法律意义的约定（**合同**）”？根据该约定Y夫妇是否承担了一定的义务，以及其内容是什么？民法原则上认为，合同是根据当事人的“**合意**”成立的，且规定了13种合同类型。即，以财产权的移转为目的的合同（**赠与、买卖、交换**）、以财产权的利用为目的的合同（**消费借贷、使用借贷、租**

〔1〕 未经特别注明，在本书均指日本《民法》的法条。——译者注

赁)、以提供劳务为目的的合同(雇佣、承包、委托、寄存)、其他合同(合伙、终身定期金、和解)。本案中,如果Y夫妇“看管保护孩子”的行为是根据“合同”而为,(勉强适用的话)这就是接受了事实上的事务处理的委托,所以构成“准委托合同”(第656条)。当然,构成“准委托”这一合同类型以外的合同的可能性不是没有,但比较接近的还是“准委托合同”。因此,如果合同是成立了的话,就不得不探究双方是否适当地履行了合同上的义务。因《民法》第656条原则上准用委托的规定(第643条以下),所以接受了孩子托管的人作为“受托人”,负有《民法》第644条规定的“根据委托的宗旨,以善良之管理人的注意来处理委托事务的义务”。如果未尽到这一义务,根据《民法》第415条,“债务人(受托人Y夫妇)未根据其债务的本旨履行义务时,债权人(委托人X夫妇)可以请求赔偿因此造成的损害”(债务不履行责任)。对X<sub>2</sub>所说的“拜托了”,Y<sub>2</sub>回答说“两个孩子在一起玩,不会有问题的”,就此认定Y<sub>2</sub>“接受了委托”还是很微妙的。在该案件,究竟合同成立了么?如果成立了的话,那么Y夫妇应负担的义务是什么?

第二个问题是,即使假设合同关系不成立,在此情况下,Y夫妇是否负有侵权责任也会成为问题。根据《民法》第709条的规定,不管合同是否存在,“因故意(存心)或过失(未注意)而侵害他人的权利或受法律保护的利益(孩子的生命)者,有责任赔偿因此造成的损害”。因此,“故意、过失”“侵害权利”“损害的发生”以及“因果关系”这四个要件,构成损害赔偿责任的请求权基础。从本案来看,基本上可以清楚地知道,后三个要件得到了满足,问题的焦点是,根据一般的社会观念,Y夫妇的行为可否被评价为有“过失”。在此,Y夫妇都与事故的发生有关,这是否构成导致双方之间产生连带责任的“共同侵权行为”(第719条)也是一个问题。

## 4. 关于合同责任

### (1) 法律上的效果意思

对于X夫妇追究合同责任的主张,Y夫妇给予否定并进行了如下反驳:“即便有X夫妇所主张的应答,那也是出于邻居情谊上的礼节性寒暄,并不伴有法律上的效果意思(意欲产生权利义务关系)。就算从形式上构成了准

委托，因为是无偿行为，也应该类推适用《民法》第 551 条第 1 款<sup>[1]</sup>以及《民法》第 659 条。<sup>[2]</sup>附带说一下，Y 夫妇以看护自己孩子同样的方式看护了 A。”

判决认可了 Y 夫妇的主张，认定准委托合同不成立。判决内容如下：

X<sub>2</sub> 与 Y 夫妇的应答……考虑到孩子们正在一起玩耍，认为 X<sub>2</sub> 与 Y 夫妇的对话是出于邻居的情谊、作为邻居的好意而作出的应答是比较妥当的。不能将之认定为是出于想签订以 X 把看管 A 的所有事务进行委托，Y 夫妇全部接受了该委托为内容的合同关系这一效果意思而作出的，所以，对于 X 夫妇以准委托合同的成立为前提而提出的债务不履行的主张，无需再对其他的观点进行判断，即可认定该主张是不成立的。

9

### 【意思表示】的结构

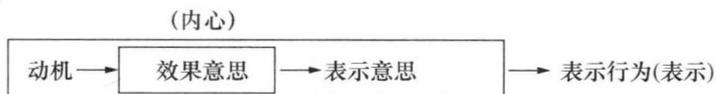


图 1-4

关于“法律上的效果意思”这一用语，有必要作些说明（其后会在“法律行为”部分学习）。“合同”一般通过“要约”与“承诺”这两个相对的“意思表示”的一致而成立。“意思表示”是以希望发生一定的法律效果的表意人的意思决定（内心的效果意思）为中心，并通过将其表达于外部而完成的。当然，当事人的内心想法是不得而知的，通常，只能通过对外表达的内容进行推断，以探知其效果意思（推断的效果意思）。人，总是被各种各样的动机所驱使，欲求一定的法律效果，为此而作出表示行为。对于从表示行为所推断出的内心的效果意思，法律要对其予以明确并

[1] 日本《民法》第 551 条第 1 款规定：“赠与人对于赠与标的物或权利存有瑕疵或标的物、权利不存在，不承担任何责任。但是，赠与人知道存有瑕疵或标的物、权利不存在而没有告知时，不在此限。”修改后的日本《民法》第 551 条第 1 款没有对赠与人的担保责任进行明文规定，而是规定了赠与人的交付义务，即，推定赠与人约定将赠与标的物以特定的状态为标准交付或转移给对方。——译者注

[2] 日本《民法》第 659 条规定：“无偿接受寄存者，负有以对自己的财产同样的注意进行保管的义务。”——译者注

尽量使之得以实现。

例如，某人想买个订婚戒指作礼物（**动机**），遂决定以一定的价格买一个特定的戒指（**效果意思的形成**），当其向店员作出“我要买这个”的要约的意思表示，而店员对此作出承诺的意思表示时，买卖合同即告成立。在此，虽然修正原理通过考虑双方当事人对对方表示所赋予的信赖这一因素来发挥作用，但是原则上，欠缺内心效果意思的表示行为是无效的。这样，因为“礼节性的寒暄”并不伴有一方将看管孩子的全部事务进行委托，另一方承诺接受此委托这样的双方当事人的法律上的效果意思，所以，不能认定合同的成立。

**\*【有效合同成立的前提】** 有效合同的成立还有几个前提。作出要约、承诺的意思表示者必须具有相应的能力（行为能力），所作出的意思表示无瑕疵（非因欺诈、胁迫而为），而且合意内容必须是能够实现的、具有确定性的、合法的（可能性、确定性和合法性）。

## （2）委托合同与有偿合同、无偿合同

① 委托合同的特殊性。关于“委托合同”，在解释上还隐藏着很多有趣的问题。自古以来，“委托”被理解为是以与他人的生命、财产、人生密切相关的律师、医生、教师等的活动为代表、具有特殊技能的、专门性的高级劳动。由于深受社会的信赖，因而被认为受托人在任何时候都负有高度的注意义务，即“作为善良管理人的注意义务”（简称“**善管注意义务**”）（第644条）。另外，暂且不谈上述说法在现代是否妥当，高级劳动带有不被金钱所左右的神圣性，所以，不论是有偿（收取对价）还是无偿（不收取对价），都要求受托人无区别地承担高度的注意义务。这是委托合同的历史特征，与例如存管物品的“寄存合同”的保管人的注意义务，根据有偿和无偿的不同情形，形成鲜明的对比。也就是说，在有偿寄存的情况下，根据《民法》第400条，保管人负有善管注意义务（处于该职业或地位的人所应尽的“**客观注意义务**”）；与此相反，在无偿寄存的情况下，保管人只要负有“与对自己的财产同样的注意义务（称之为‘**具体的注意义务**’）”即可（第659条）。本来，即便准委托合同是无偿订立的，是否要承担高度的善良

管理人的注意义务，这一点本身在法的解释上可能会成为问题，在对事实进行法律构成时，虽没有成立可推导出具有高度注意义务的“准委托合同”，但是仍有余地认为成立了承担稍轻的注意义务的特殊合同（因民法典未特别将其作为典型的合同类型而予以命名，所以，称之为“无名合同”或“非典型合同”），这是一个合同解释的问题。假如解释为包含了轻度注意义务的无名合同已成立的话，因Y夫妇的孩子也在一起玩耍了，所以至少可以证明，Y夫妇尽到了“与对自己的孩子同样的注意义务”，这样在承认合同成立的基础上，认定Y夫妇没有责任也是可行的。

② 赠与人的担保责任。还有一个问题是，有必要关注一下关于赠与合同中就标的物的瑕疵赠与人所负责任的规定。通常，取得对价而销售东西的“买卖合同”的卖方，在标的物有隐藏的瑕疵时，不管是否有过错，都要承担一定的责任（“瑕疵担保责任”：第570条<sup>[1]</sup>→566条<sup>[2]</sup>）。这是因为卖方承诺了在取得对价的同时，要将作为交易目的的标的物以其应有的状态完整地交付到对方的支配下。但是，在无偿提供标的物的“赠与合同”上，除了明知其有瑕疵而不告知的，赠与人不承担责任（请参考第551条）。 11

换言之，在合同法上，与取得对价的合同（“有偿合同”）相比，一般来讲，没有取得对价的无偿合同的债务人的责任程度要轻。显然，上述Y夫

---

[1] 现行日本《民法》第570条规定：“买卖之标的物有隐藏的瑕疵时，准用第566条的规定。但是在强制拍卖的情况下，不在此限。”而在修改后的日本《民法》上，“瑕疵担保责任”一词已不复存在。修改后的《民法》对买卖合同上的卖方的担保责任进行了大幅度的改动，将卖方的担保责任主要归为“买卖之标的物不符合合同内容”类型的担保责任和“买卖标的物的权利不符合合同内容”类型的担保责任。删除了“隐藏的”这一要件，也不使用“瑕疵”这一用语。现行《民法》上的“瑕疵担保责任”在修改后的《民法》上只是“物不符合合同内容”类型的担保责任之一而已。修改后的日本《民法》第570条规定的是买卖标的物为不动产，其上存有不符合合同内容的担保物权时，买方可向卖方请求偿还所支付的费用。——译者注

[2] 日本《民法》第566条第1款规定：“买卖的标的物是地上权、长期租佃权、地役权、留置权或质权的标的物的情况下，买方不知道此事实，并且为此而无法实现订立合同的目的时，买方可以解除合同。在合同无法解除的情况下，只能请求损害赔偿。”该条第2款规定：“因买卖标的物是不动产而所宣称存在的地役权不存在时，以及该不动产上设有登记的租赁权的情况下，准用前款的规定。”该条第3款规定：“在前两款的情况下，请求合同的解除或损害赔偿，必须在买方知道事实时起1年之内提出。”不过，现行日本《民法》上的该条规定，在修改后的民法上已不复存在。其所规定的内容在修改后的《民法》上作为“权利不符合合同内容”类型的担保责任而体现出来。修改后的日本《民法》第566条规定的是买方追究“物不符合合同内容”类型的担保责任时，需在1年内提出。——译者注

妇的反驳，也是意识到了这一点。

③ 好意同乘。与此同时，讨论一下“好意同乘”的问题。朋友出于好意而让自己乘坐他的汽车，因朋友操作方向盘失误而导致发生事故，致使乘车人受伤时，应如何处理呢？在通常的交通事故的情况下，如对方的司机有过错，可以以侵权行为为理由请求损害赔偿，在付钱乘坐汽车、飞机等交通工具的运输合同的情况下，当然也会发生债务不履行的损害赔偿问题。但是，关于好意同乘的情况，是否应当认定同样的责任，颇有争议。对此进行消极解释的背后，存在着“同乘人自行接受了危险发生的可能”“追究好意载人者之责任的做法过于严酷”等想法。在日本，倾向于认定司机负有损害赔偿赔偿责任（关于是否减少损害赔偿金额，裁判上有不同的处理）。那么，如果本案也应当与好意同乘一样来认定责任的话，其情况却未必会一样。在好意同乘的情况下，不管怎么说，因为在让他人乘坐发生危险可能性很大的汽车时，作为司机被要求至少要承担与对车外的行人相同程度的高度注意义务，这也可以说是作为司机的注意义务（不论有偿还是无偿）。与此相对，在托管孩子时考虑与时间和场合相应的注意义务，也应当是被允许的。另外，大多数的汽车事故是由责任保险来抵偿的，与侵权人责任的轻重相比，对受害人进行救济的要求更为优先，这也对认可司机的赔偿义务起到一定的作用。

## 5. 关于“侵权责任”

关于侵权责任，Y夫妇的反驳如下：

12

从社会意识水准、Y夫妇的行为属于邻居间礼节上的行为而不能被认为是具有权利义务的社会关系等方面来看，Y夫妇的行为不具有社会责难性……从骑自行车到玩水，尤其是涉水这一情况，应该说超出了Y夫妇的可预见范围，对Y夫妇来说没有因过失而发生侵权责任的余地，本案只能说是属于意外事故。

裁判所最终认定了Y夫妇的侵权责任。如前所述，本案中，Y夫妇是否存在过失是重要的争论点。

## (1) 判断过失的结构

关于“过失”是什么，学说上有很多讨论。但是，一般来讲，裁判所是依“违反以可预见性为前提的结果避免义务”这一公式来处理这个问题。即，被认为是加害方的当事人“对损害的发生，是否有预见可能性（有时要求其承担‘预见义务’，来加重注意义务的内容）”，如果有预见可能性，“为了避免发生该损害的结果，是否有采取适当措施的义务（以结果可能避免为前提的结果避免义务）”。这样，当事人能够预见到损害的发生却怠于履行自己的义务，没有为避免损害的发生而采取适当措施的，就应当认定为“有过失”。

本案中，裁判所就此作出了如下说明：

$Y_1$  知道孩子们在可以自由通往水池的乙地骑自行车玩耍，也知道有的地方因挖掘而变得水很深、A 是一个比较活泼好动的孩子，以及在枯水期 A 与  $X_1$  曾一起去过中间一带的水边等情况。并且，因为当天是一个令人冒汗的天气，“在可以通往水池的乙地玩耍的孩子们，尤其是 A 很有可能借势从乙地来到水边戏水，进而可能会进入深水区等，Y 夫妇是可以预见的 [肯定了预见可能性]。如果是这样的话，从一般看管幼儿的父母角度来看，不得不承认，为了防止上述事态的发生，在同意两个孩子在乙地玩耍的时候，就负有采取适当措施防止孩子们靠近水边的注意义务 [肯定了结果避免义务]，Y 夫妇未采取这样的措施，放任两个孩子在乙地玩耍 [违反结果避免义务]，对因此而产生的后果，应该承担第 709 条、第 719 条所规定的责任”。

13

就这样，裁判所将一定的具体情况进行特定，至少认为本案的 Y 夫妇对损害的发生有预见可能性，违反了应避免损害发生的注意义务，而认定 Y 夫妇有“过失”，从而肯定了侵权责任。判决在理论上的展开，很好地展示了裁判所对过失的判断结构。

但是，在现实的侵权案件中，并不是通过“预见可能性”就能够立即解决问题的。例如，只要驾驶汽车就有可能因为突然窜出什么东西等而发生交通事故，在一定意义上，事故的预见可能性是一直存在的，但却不能因此要求司机一直保持缓慢行驶。于是，即使被看作是先依据被要求的行为义务来判断使其承担损害赔偿责任是否适当，然后再来评论其对于结果是否有预

见可能性也是没有办法的事情。“违反以可预见性为前提的结果避免义务”这一公式，并不是要求实际上预见到或未预见到结果的发生，只不过是将是负有责任的综合判断结论，以有无“过失”的形式表示出来，从而在肯定当事人的责任时，拥有比较有说服力的理论构造而已。本案中，对于在认定Y夫妇责任时所作出的“有预见可能性”部分和在否定市政府、建设公司责任时所作出的“无预见可能性”部分，应该基于上述思考来理解。

## (2) 过失判断的标准

本案在判决理由写道：“从看管幼儿的一般父母的角度来看，为防止上述事态的发生，在同意两个孩子在空地玩耍的时候，就负有采取适当措施防止孩子们靠近水边的注意义务。”这一结论可能会有点儿过于严厉，可以想象，出了问题的空地（乙地）也是其他孩子经常玩耍的场所，这种情况下，恐怕也无法期待社会上的“一般的父母”，能采取适当的措施不让孩子们  
14 “任意地在乙地玩耍”（可能会被人说“不要多管闲事”）。那么，这里的“看管幼儿的一般父母的立场”指的是什么？本判决中，作为过失判断的标准，既不是“理性的、一般的人”或像幼儿园阿姨那样的以监护幼儿为职业的人，也不是单纯的“一般的父母”，而是要树立一个中间标准。在池子附近晒太阳的某人的“父母”，即便看到别人的孩子突然走进水池里也置之不理，也不能认定其有过失。换言之，可以认为本案当事人之间的日常交往、先行的对话和一些情况，提高了要求Y夫妇承担的注意义务。在迎面碰到的完全不认识的人之间被论及的注意义务，和通过合同而互相负有承担符合合同目的的义务关系的当事人之间的注意义务，两者之间存在着一个中间的灰色地带（grey zone），这是通过利用支配整个民法的指导理念的“诚信原则”（请参考《民法》第1条第2款<sup>[1]</sup>）等，在当事人之间形成了新的义务内容。<sup>[2]</sup>

---

[1] 日本《民法》第1条第2款规定：“行使权利与履行义务时，必须遵守信义诚实地进行。”——译者注

[2] 这常常作为“合同缔结阶段的诚信原则”而成为讨论的问题。关于这一点，除第5章（后述）以外，请参考棚瀬孝雄编：《契約法理と契約慣行》，弘文堂1999年版，第185页以下（河上执笔）。

### (3) “不作为”的侵权行为

本案中 Y 夫妇的责任，是对于“什么也没做（不作为）”而进行评价的，对此也需要予以一定的注意。为了将“不作为”解释为“懈怠”，与一定的法律责任相关联，作为其前提，当事人必须被要求负有“为一定行为的义务（即作为义务）”。人基本上是享有行动自由的，所以“作为义务”的依据只能是本人的意思（约定）或法律上所规定的义务。是否有道义上的责任暂且不提，例如，发生火灾时，负有合同上防火责任的守卫以及消防法上有防灾除灾、减轻损害职责的消防员，有为灭火采取适当措施的义务，但一般人没有被要求负担这样的义务。“善良的撒玛利亚人”的标准是很难被提升为法律义务的<sup>\*</sup>。本案中，Y 夫妇的“采取适当措施防止孩子们靠近水边”的作为义务，如果不是根据“合同”推导出来的，就只能是基于先行关系的存在，通过诚信原则而被要求遵守的不成文的法律行为规范。同样，在铁轨上放置石头而导致电车脱轨翻车的事件中，行为实施者商量此事时，被告也在场，即便没有放风的任务，作为在现场者，是否可以认为其违反了基于先行行为负有的避免事故发生的义务 [最判昭和 62 年（1987 年）1 月 22 日，《民集》第 41 卷第 1 号，第 17 页<sup>[1]</sup>]；在“欺负弱者<sup>[2]</sup>事件”中，旁观者的责任等也会成为问题。不过，保障人的行动自由的重要性是不能否定的，但应该注意的是，随着社会复杂性的提高，在日益紧密的人际关系

15

---

[1] 此案件的内容如下：包括被告在内的几名中学生放学后在路上一起闲谈时，提到各自往轨道上放东西的经历，其中的几个中学生跳到道路附近的轨道内，往轨道上放了拳头大小的石块。被告虽然停在路上没有参与，但一直在看着其他人往轨道上放石块。之后电车开过来压到石块，造成脱轨翻车事故，104 名乘客受伤，相邻民间的住宅遭到破坏。铁道公司起诉包括被告在内的放石块的中学生一起赔偿损失。控诉审判定被告没有过失，但最高裁判所认定被告应该负有损害赔偿义务。其理由是，被告参与了同学们的闲谈，并看着其他人往轨道上放石块，被告能够预见到往轨道上放石块会引起的重大后果，并且能够采取措施挪开石块避免事故的发生，在这样的情况下，被告负有采取措施挪开石块避免本事故发生的义务，但被告却没有履行该义务。——译者注

[2] 多指在小学、中学里发生的，性格顽劣的学生殴打、侮辱其他同学的“凌霸”现象。在日本，因为承受不了同学的长期欺辱而自杀的小学生或中学生的案件时有发生，自杀的学生的父母提起诉讼，要求学校和实施了欺辱行为的学生的父母承担损害赔偿责任的案件很多。除此之外，对围观欺辱而没有做出任何制止行为的人是否应该承担一定的责任也有一些讨论。——译者注

中，随着人们相互间被要求的行为规范内容的不断深化，产生一种与合同、法律不同渊源的、中间性质的、人与人之间的行为规范的可能性变得越来越高。

\*【善良的撒玛利亚人】来自对看到他人处于窘境就善意地伸出援助之手的撒玛利亚人进行祝福的《圣经》[路迦(Loukas)福音书]中的一节。有这样的立法例(以加利福尼亚州为开端的美国、加拿大的《“善良的撒玛利亚人”法》)，碰上交通事故的医生在对受害人进行治疗时，医生的责任可以减轻。<sup>[1]</sup>不过，积极地把善举规定为法律义务是需要慎重的，在路上看到正在发生强奸，却连报警都不肯做的人，虽会被指责为“道德怪物”，好像尚未达到被追究侵权责任的程度。

#### (4) 应赔偿的“损害”

考虑应赔偿的“损害”时，首先有必要了解是谁的、何种损失或损害、基于何种权利而要求赔偿。本案中，死亡了的A与其父母请求的是现实遭受的损害(积极损害、现实损害)和面向将来而失去的利益(应得利益的丧失、消极损害、逸失利益)。《民法》第709条、第710条<sup>[2]</sup>中的“他人”也是损害赔偿的请求权人，在本案，关于生命损害是指A自身，关于第711条<sup>[3]</sup>的“近亲属”的精神损害赔偿是指其父母。对于死亡了的A的损害赔偿请求权，由其父母来主张是因为适用了“继承”制度。<sup>[4]</sup>《民法》第896条规定，“继承人于继承开始时，继承属于被继承人财产的一切权利义务”，继承人的范围由第889条规定。A的父母作为“直系尊亲属”，分别继承了

---

[1] 关于这一问题，请参考樋口范雄：《よきサマリア人法（日本版）の検討》，载《ジュリスト》第1158号（1999年），第69页以下。

[2] 日本《民法》第710条规定：“不管是侵害他人的身体、自由或名誉，还是侵害他人的财产权，负有前条所规定的损害赔偿责任人者，对于财产之外的损害也必须赔偿。”——译者注

[3] 日本《民法》第711条规定：“侵害他人生命者，对受害人的父母、配偶、子女，即使没有侵害这些人的财产权，也必须赔偿其精神损害。”——译者注

[4] 在日本民法上，对于因侵权行为造成受害人死亡时的损害赔偿没有明文规定，但是判例一直采取的是继承丧失说的观点，即死亡的损害是死亡人所丧失的未来可得利益（在日本被称为“逸失利益”），死亡损害赔偿请求权人是受害人自身，该损害赔偿请求权最终由受害人的继承人继承后向加害人进行请求。——译者注

A 的损害赔偿请求权的 1/2，并行使了该损害赔偿请求权。<sup>〔1〕</sup>

关于“**损害赔偿的范围**”，侵权行为法上没有从正面规定其判断标准，因此，究竟“**损害**”是指什么，将其以金钱进行评价时应该怎样处理才妥当等等常常成为问题。但是，关于违反约定（债务不履行）的损害赔偿，《民法》第 416 条规定了标准，即发生不履行行为时，通过经验上通常发生的损害（称为“**通常损害**”）与当事人可预见范围内的其他特别损害（可预见的“**特别损害**”）来确定。在此，裁判所一般对侵权行为也“类推”适用第 416 条的规定 [最判昭和 48 年（1973 年）6 月 7 日，《民集》第 27 卷第 6 号，第 681 页]。要求对因一定行为连锁性引起的所有损害（有事实上的因果关系的损害）进行赔偿是不公平的，对侵权人会造成过大的负担，所以，只把与相当范围内的因果关系（**相当因果关系**）有关联的损害纳入赔偿范围。本来，因为侵权行为不以交易关系的存在为前提，与其考虑当事人的预见可能性，不如直接将与加害行为有**危险性关联**而发生的损害理解为是法律所要保护的利益（保护法益）受到了侵害，在此之上来探讨赔偿范围比较适当<sup>〔2〕</sup>（详

〔1〕 关于侵害生命的损害赔偿有很多疑难问题。对此，尤其要参考的是淡路刚久：《生命侵害の損害賠償》，载星野英一编：《民法講座（第 6 卷）》，有斐阁 1985 年版，第 323 页以下。

〔2〕 对于如何划定侵权行为的损害赔偿范围，在日本的民法学界一直存在很大的争论。日本的最高裁判所早在大正 15 年（1926 年）5 月 22 日判决（《民集》第 5 卷第 386 页）里就表明，侵权行为的损害赔偿应该类推适用《民法》第 416 条。其理由是：（1）加害人应该赔偿的损害是与加害行为有相当因果关系的损害；（2）因为规定债务不履行的损害赔偿范围的第 416 条，就规定了相当因果关系，所以关于侵权行为的损害赔偿，应该类推适用第 416 条。但是日本的大多数民法学者，反对类推适用第 416 条，其理由是：第一，相当因果关系理论来自于以完全赔偿为原则的德国法，而日本《民法》第 416 条采用的是英国判例法上的限制赔偿原则，没有采用完全赔偿原则，所以把第 416 条规定和相当因果关系理论结合到一起，是不妥当的；第二，第 416 条是以违反合同为对象的规定，将其适用于侵权行为会很奇怪，并且，在缔结合同的当事人之间，可以预见到因不履行债务而给对方造成的损失，但在没有任何关系的人之间发生了突发性侵权行为的情况下，如果是故意侵权对损害的发生还有预见的可能性，而过失侵权时对损害的发生几乎不可能预见。因此，要类推适用第 416 条的话，关于特别损害的赔偿就会变得很困难。为了回避该弊端，就不得不对通常损害和预见可能性进行虚拟判断。对于侵权行为的损害赔偿范围的确定方法，日本民法学界大体有两个主要的学说：一个是义务射程说，该见解主张，对于属于加害方所应承担的避免损害发生这一义务射程范围内的损害，应该进行赔偿；另一个是危险性关联说（危险范围说），该见解主张，把损害分为由加害行为而产生的第一次损害和以第一次损害为原因的后续损害，对于第一次损害的赔偿范围，在过失侵权行为的情况下，根据避免损害发生的义务范围来确定；对于后续损害的赔偿范围，则根据与第一次损害有无危险性关联来判断。该书的作者似乎是站在危险性关联说的立场，来解释侵权行为的损害赔偿范围。——译者注

细内容在侵权行为法中讨论)。

虽然本案中对于 A 的生命的丧失提出了损害赔偿请求，但是关于这一点，在普通人之间好像有相当大的心理上的排斥。的确，作为父母的真正的心情，或许是希望对方给予衷心的道歉，希望对方能表示出诚意，希望对方能体会自己失去孩子的痛苦，等等。这种情况即便在现在，也是日常纠纷中经常出现的问题。但是民法上没有可以作为请求“道歉”依据的规定。关于侵权责任，是以金钱赔偿为原则（第 722 条第 1 款→第 417 条<sup>[1]</sup>）的。诚然，根据《民法》第 723 条<sup>[2]</sup>规定可以请求“为恢复名誉所需要的适当处置”，这也成为对因侵犯名誉要求发布“道歉广告”等的条文依据，但也有人提出，道歉广告是不是侵犯了宪法规定的“思想、信仰、良心的自由”[《日本国宪法》（以下简称《宪法》）第 19 条] 这样的质疑。最高裁大法庭于昭和 31 年（1956 年）作出了利用判决命令被告发布道歉广告，“只要广告的内容仅是公布事实的真相，表明道歉的意思而已”，就未必是违宪的判断 [最判昭和 31 年（1956 年）7 月 4 日，《民集》第 10 卷第 7 号，第 785 页]。即便是广告，尚且如此判断，何况扩大到对一般请求“道歉”的，认可就更困难了\*。所以，以支付金钱的形式来对有无责任的争议作出了结也是不得已的办法。我们在坦率地承认法律是不可能进入到人的内心深处的，对于人的悲伤以及内心的痛苦，法律能做到的也是有限的，同时仍然还要努力通过法律，最大限度地考虑这一点。这与其说是法律问题，不如说是应用法律的人的态度问题。

附带说一下，美国法上有**名义上的损害赔偿**（nominal damages），即通过形式上的小额金钱争议来认定过错方的损害赔偿责任的制度，也有**惩罚性损害赔偿**，即通过课以超过实际损害的赔偿责任而有制裁效果的制度等。但是在日本，这些制度并没有得到落实，并且这些与让对方“道歉”相比，也有本质上的不同。另外，X 夫妇利用其他机会表明了，其通过本案诉讼所

---

[1] 日本《民法》第 722 条第 1 款规定：“关于由侵权行为而产生的损害赔偿，准用第 417 条的规定。”第 417 条规定：“关于损害赔偿，没有特别的意思表示时，以金钱的方式来确定其金额。”——译者注

[2] 日本《民法》第 723 条规定：“对侵犯他人名誉者，裁判所可以根据受害人的请求，命令其在代替损害赔偿或者进行损害赔偿的同时，采取适当的措施去恢复受害人的名誉。”——译者注

要达到的主要目的是指出行政上的怠慢。但是，在一个纠纷中，真正的“损害”是以怎样的形式发生的，未必会表现在表面上，何况法律并非能够经常准确地照准真正的损害，来对受害者进行救济或者解决问题。<sup>[1]</sup>

### (5) 损害的公平分担与“过失相抵”

接下来是所谓的“过失相抵”问题。本判决就此进行了如下阐述：

① “Y 夫妇正在进行大扫除，与平时相比要忙得多，既然可以认定从各种情况来看，Y 夫妇的应答都是出于作为邻居的好意而作出的，X<sub>2</sub> 也认识到这一点（至少是应当认识到的），那么，就应当认为 X<sub>2</sub> 明知当时对 A 的看管方法只能是，对于 A 和 B 在一起玩的情形，Y 夫妇在工作之余来照看一下，除此之外，无法再有更高的期待，却还要对 Y 夫妇的好意抱着期待而把 A 留在了 Y 夫妇处……与委托进行有偿看护相比，关于看管的方法，情况则完全不同……所以，在本案，就所发生的结果，应该说要求 Y 夫妇承担与有偿委托等相同的责任，违反公平的观念，是不能被允许的（如果说有责的话，与有偿委托的情况等相比，违反义务的程度相当轻）。”

② “既然在接近既有蓄水池的土地上居住，为了防止意外事故的发生，关于接近水池的方法，平时就要对孩子进行严格的教育。这作为父母看护孩子的方式是理所应当做的……（A 做出了本案中的举动）可以推知，与 Y 夫妇相比，X 夫妇平时对 A 的就上述所言的教育‘有不周之处也是原因之一’，所以，类推适用过失相抵的法的意旨……在考虑 Y 夫妇的责任范围时，这也是一个应当斟酌的事由”。

综合考虑上述两点，并在此基础上考虑“损害的公平分担”，损害的分担比例定为 X 夫妇 7、Y 夫妇 3 是妥当的。

“相抵”这个词的意思是“消除互相之间的同种东西”（请参考第 505

[1] 关于道歉广告，请参考几代通：《名譽毀損につき謝罪広告を命ずる一判決》，载川岛武宜编：《我妻榮先生還曆記念：損害賠償責任の研究（上）》，有斐阁 1957 年版，第 409 页以下；几代通：《謝罪広告》，载伊藤正己编、有泉亨监修：《現代損害賠償法講座 2》，日本评论社 1972 年版，第 260 页等，以及和田真一：《名譽毀損の特定の救济》，载山田卓生、藤冈康宏编：《新・現代損害賠償法講座 2》，日本评论社 1998 年版，第 115 页以下。

条)，“过失相抵”是指，在当事人双方都有过失的情况下，扣除各自相应的责任，对赔偿额进行调整的一种制度。不仅债权总则编（第418条），而且侵权行为上也有类似的规定（第722条第2款<sup>〔1〕</sup>）。因此，关于损害的发生，在受害人也有失误或过失的情况下，裁判所可以减轻侵权人应当承担的损害赔偿额。其本质上一般被理解为是一种基于“损害的公平承担”的想法的制度。本判决中提出了由于是无偿看管，Y夫妇的行为的违法性较低和

19 X夫妇平时对孩子的教育方法有问题这两点。

需要注意的是，“类推适用法的意旨”这一表达方式。《民法》第722条第2款是把“受害人有过失时”当作问题的，而本案的主要受害人是幼儿A。从追究由于自己的过失造成的不利（过失相抵）还过于幼小的A的年龄来看，本来以这种形式来减轻损害赔偿额是不适当的（A没有“过失相抵能力<sup>〔2〕</sup>”），但是从公平承担损害的观点或者从加害人行为的违法性程度较低来看，出于调整赔偿额有助于结果的具体妥当性这一点出发，本判决借用了《民法》第722条第2款背后的法思想（公平精神），意欲推导出相同的结论。法的类推适用，可以在各种各样情况下弥补法律漏洞，与不动产交易上的为保护对方的信赖利益而类推适用《民法》第94条第2款、为使债务人对呈现出债权人外观者进行的类似履行的行为有效而类推适用《民法》第478条等一起，过失相抵的类推适用也是经常被使用的法解释方法之一。

这样，原告最终获得了30%的胜诉，取得的赔偿额为530万日元。在新闻报道上，这一结论，作为令人相当震惊的消息传播开来。当时的报纸将善意的邻居Y夫妇与蒙受了他人的好意还起诉人家的X夫妇放在对立的位置上，出现了“对邻居好意的无情审判”或“泼向近邻交往的‘冷水’”这样标题的报道。但是，从到本案为止的裁判例来看，本判决的结论未必是过分。与另外两个类似的案件比较一下，这一点十分明显。一个是母亲工作单位——酒吧的经营者，受托照看了一个刚刚能走路的1岁零10个月的孩子，

---

〔1〕 日本《民法》第722条第2款规定：“受害人有过失时，裁判所可以考虑此点，决定损害赔偿的数额。”——译者注

〔2〕 根据日本的判例法理，日本《民法》第709条所规定的加害人的“过失”被理解为是违反客观的行为义务，而日本《民法》第722条第2款所规定的受害人的“过失”被理解为普通的不注意，也就是说在日本的侵权行为法上，加害人的“过失”和受害人的“过失”不是同一概念。当受害人是未成年人这样的限制行为能力人时，是否应该适用过失相抵，日本《民法》上没有作出明文规定，但判例采取的是未成年人具有“事理识别能力（过失相抵能力）”（大体是六七岁左右）时适用过失相抵的做法——译者注。

由于一时疏忽，孩子淹死在了自家的水池里的案件 [大阪地判昭和 50 年 (1975 年) 11 月 18 日,《判時》第 823 号,第 81 页]; 另一个是母亲工作单位——咖啡馆的经营者,受托照看了一个 2 岁零 8 个月的孩子,因孩子将大小便拉在身上,让其站在浴缸中清洗,因短暂离开而导致孩子溺亡的案件 [神户地判昭和 51 年 (1976 年) 2 月 24 日,《判時》第 831 号,第 75 页], 两个案件都认定了“受托”方的责任 (前者实施了 50% 的过失相抵,判定赔偿 280 多万日元; 后者没有实施过失相抵,判定赔偿 450 多万日元); 两个案件的故事都是发生在被告的支配空间内,原告与被告之间有雇佣人与被雇佣人的特殊关系,一直有委托对孩子进行看护等情况,这些似乎对判决起到了一定作用,但是,这对责任大小能有多大程度的影响也是十分微妙的。从一定程度而言,也可以认为与本案没有太大的差别。

另外,对于国家和县政府的责任,以其没有所有权和没有进行实质性管理为由,没有认定其责任。市政府、建设公司也被认为没有预见发生这样的事情而采取防止措施的注意义务。附带说一下,对于判决理由中经常出现的水利合作社,关于其责任,判决里没有任何提及。水利合作社是水池的实质管理人,水池的挖掘工程也是在这个合作社的主导下实施的。在农用蓄水池附近开发住宅区的过程中,水利合作社从开发商那里获得了很多好处也是众所周知的事实。如果可以论及市、县政府和国家的责任的话,那么还是有余地讨论水利合作社的责任的。

## 6. 处理纠纷的方法

当时的媒体以及社会对判决的消极反应,似乎是因对将这样的纠纷告到裁判所这一行为本身的反感而引起的。诚然,从传统的日本人对待诉讼的态度来看,通常对这样的事件,到裁判所去争论的可能性肯定是不高的。尽管如此,本案当事人很早就提起了诉讼。在新闻报道中,X 夫妇的代理律师说道:“失去孩子的 X 夫妇一家受到很大打击,甚至到了想全家自杀的程度。过了 49 天的忌日<sup>[1]</sup>后去 Y 夫妇家,打算询问一下 A 溺亡的经过,结果吃了闭

[1] 在日本有一种说法,即人死后的第 49 天会被判定能否去极乐净土,所以死者的家人都会在死者去世后的第 49 天,请和尚来做法事进行祭奠,这一天是人死后的第一个重要的忌日。——译者注

门羹，Y 夫妇家的大门上了锁。这样的情况持续了 3 次后，X 夫妇从别人那里听说，Y 夫妇与邻居们说：‘已经是过去的事情了，我们没有责任。’‘X 夫妇还年轻，再生一个不就得得了。’X 夫妇愤慨不已，最终决定提起诉讼。”〔1〕还有可能的是，原告的主要目的在于，就蓄水池没有防护栏这一点，要追究地方政府的管理责任，但为了维持该诉讼，不得不将邻居也列为被告。〔2〕

如果从调整今后还可能继续的人际关系的角度来看，也有有力的意见认为，也许采用“和解”“说合”“调解”等包含当事人合意要素的、“裁判外”的纠纷解决方法（简称为 ADR）会更好一些。解决社会纠纷有很多方法，通过裁判解决、利用法律解决、乃至用金钱清算责任这一做法，都不过是其中的一个解决办法而已。裁判不过是对一定的法律纠纷给予一个大体的解决。进一步而言，通过裁判所解决并不意味着最终解决了问题，或许应该将其看作是调整综合性社会关系过程中的一个阶段而已。但是，应当最大限度地尊重选择了向裁判所提起诉讼通过法律来解决纠纷的当事人的意愿。作为本案纠纷的解决方法，绝不能说“民事裁判”是不合适的。

## 7. 判决之后

本案在判决之后，实际上 X 夫妇经历了很多的不幸。媒体报道后，X 夫妇受到了数百次无理电话和信件的故意讥讽，多的时候，一天能接到 300 个骚扰电话；出于与工作单位和邻居的关系问题，X 夫妇只好搬家；尽管获得了部分胜诉，最终还是提出了撤诉申请。当时，Y 夫妇已完成因不服本判决而向上级裁判所提出“控诉”的手续。在 Y 方已经进入控诉程序的情况下，如果没有 Y 方的同意，X 方不能单方面“撤诉”〔日本《民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）第 261 条第 2 款〕。X 夫妇的撤诉申请被报道出来后，社会上又开始了针对 Y 夫妇的故意讥讽。因为受到来自电话和信件等的难听的责难，Y 方最终同意了撤诉。结果，整个案件以回到自始未提起诉讼的“白纸”

〔1〕 引自《东京新闻》1983 年 3 月 26 日。

〔2〕 引自《朝日新闻》1983 年 3 月 8 日。

状态而告终（《民法》第262条）。对于这个结局，法务省<sup>[1]</sup>认为侵害了当事人的“接受裁判的权利”，并破例发布了要求国民自慎的法务省意见，整个事件就此落幕。

媒体进行实名报道，使诉讼当事人完全暴露在民众的压力（无形的暴力）下，这也有很大的问题。但是，受报道影响而出现的社会上的一部分人的行动是相当异常的，其所表达的内容是卑劣且阴险的。虽然一部分有识之士提出“人伦尚未泯灭”或者“道义胜过法律”的看法，但这是很荒谬的意见。毫无疑问，这一案件中最感悲伤的是X夫妇，对这一案件最感痛心的是Y夫妇。故意讥讽的电话和信件不但给当事人造成了更大的伤害，而且还剥夺了无法从其他任何地方获得解决办法的人的“接受裁判的权利”。只能说，这是一种在尚未充分了解事实关系和当事人情况之下，就将自己自以为是的正义感强加给对方的、不负责任的、且充满暴力的行为。

学习法律的人，首先要培养冷静地把握事实关系、从不同角度分析法律问题的能力，同时，也应该考虑到存在于当事人行为背后的看不见的事由。

## 8. 法化与日本人的法意识

从日本人的法意识关系上看，导致上述社会异常反应的原因是什么，希望这一点能引起大家的注意。可以很容易地推测，对于以当事人司空见惯的日常关系和对话为前提的本案，任何人都会将其作为身边的问题来考虑。这也是事实。换到自己身上想想，从而引发了过于情绪化的反应。或许也可能是，与法律不同的“共同体规则”仍然根深蒂固地存在于社会底层，而其受到了强烈的刺激。对于判决的否定反应，有的是出于对邻居间民事责任的反感，有的是出于对本案所适用法律规则的排斥，特别是认为，判决要求被告承担的注意义务过高。除了这些原因，还有人对于政府和土地管理人、建设公司等所谓的强者被免除责任的反抗，以及也有可能把孩子的死亡来请求金钱赔偿（对父母而言）是过度的不劳而获来理

23

[1] 根据日本的行政序列，相当于中国国务院下属各部委的机构均称为“省”，比如，文部省、防卫省等。这里的“法务省”相当于中国的“司法部”。——译者注

解。当时关于本案，有识之士的评价也是多种多样的。有意见认为，这是小村落集体的反民主精神的抬头；也有意见认为，这恰好表露出在邻里关系上古老善良的传统观念与现代个人主义之间发生的裂缝；还有意见认为，这是促使我们反省，是否有必要对存在于民众之间的“活生生的法”予以考虑，等等。其中，十分引人关注的是，法社会学者六本教授将此解释为一种“法化现象”（legalization）。易言之，这是一个象征性的案件，在城市化与工业化快速发展的进程中，从前的共同体人际关系以及传统上形成的人际关系调整规范正在大幅度崩溃，传统社会内部共同规则和机制无法解决的问题正在不断增加（共同规则自身很难培育），而最终只能寻求在“法律”上解决的事情也随之会增加。<sup>〔1〕</sup>在今天，“法”同“与法似是而非”的领域，比以前更加对抗或者是更加重合。在这样的情况下，将社会关系作为权利义务的分配关系来重新解读，使基于规则寻求适当解决纠纷的纠纷解决机制扎下根来，在社会中培养自律负责的个人，仍然是我们的重大课题。<sup>〔2〕</sup>

24 最后，直截了当地作为法律问题来看时，关于本案，何种法律构成和结论是妥当的？笔者个人意见认为，在认定当事人间成立了关于看护孩子的“无名合同”之上，通过实施过失相抵，认定相当于损害的一成的赔偿责任是适当的。但笔者对此并没有信心。读者诸君若是本案的裁判官，会作出何种判决？希望读者对此进行一下思考。在考虑的时候，假设自己是死去A的父亲或母亲，结果会怎样？相反地，也请自问一下，若自己是受托管理孩子的Y夫妇，对怎样的结论可以接受？在此基础上，请突破双方的立场，以人们将来的行为规范的应有状态为出发点，希望大家能花些时间考虑一下，作为社会规则，何种解决方式是比较理想的？如果能够时常意识到“民法解释学”不单是条文操作的技术，还是以拥有多样价值观和感情的活生生的人的行动为研究对象的“人之学问”的话，民法学一定会成为一门意味深长的

---

〔1〕 参见六本佳平：《法社会学》，有斐阁1986年版，第250页等。

〔2〕 关于法、非法这一观点的讨论，请参考北村一郎：《〈非法〉（non-droit）の仮説をめぐって》，载中川良延等编：《日本民法学の形成と課題——星野英一先生古稀祝贺（上）》，有斐阁1996年版，第3页以下。另外，大村敦志：《生活民法入門》，东京大学出版社2003年版，第284页以下；大村敦志：《フランスの社交と法》，有斐阁2003年版），其指出在以个人自律为前提的情况下，社会性的联合与纽带，逐渐与法和制度密切相关起来。

学科。

## 【参考文献】

关于“邻居间之诉讼”的总结文献，除参考星野英一编：《隣人訴訟と法の役割〈ジュリスト選書〉》，有斐阁1984年版以外，还有加藤雅信：《民法判例レビュー 民事責任》，载《判例タイムズ》第507号（1983年），第103页；好美清光：《隣人訴訟判決の問題点》，载《ジュリスト》第793号（1983年），第40页；广中俊雄：《“隣人訴訟取下げ事件”を吟味する》，载《ジュリスト》第793号（1983年），第29页；伊藤高义：《隣人訴訟》，载《民法の争点Ⅱ》（1985年），第206页；藤仓皓一郎：《隣人訴訟・近隣紛争》，载《ジュリスト》第828号（1985年），第24页；瀬川信久：《子供を好意で預かった場合の保護義務》，载加藤一郎、水本浩编：《（四宮和夫先生古稀記念論文集）民法・信託法理論の展開》，弘文堂1986年版，第65页以下；森岛昭夫：《隣人訴訟》，载《ジュリスト》第900号（1988年），第270页；小島武司、C・アティアス、山口龙之：《隣人訴訟の研究》，日本评论社1989年版等。作为最近的文献，还有富田仁：《隣人訴訟——津地裁昭和58年2月25日判決から30年を契機として》，载《三重法経》第142号（2013年），第25页。

## 民法上“权利”的含义

宇奈月温泉案件 [大审院昭和10年(1935年)10月5日判决]

25

### 【本章的课题】

在大陆法系的欧洲语言中，“法”（*ius*、*Recht*、*droit*、*diritto*）一词，在多数情况下与“权利”相通，同时，还有“正确的东西 = 社会规范秩序的整体”的含义，所以，行使“权利”就是向世间追问“正确的东西”。不过，什么是正确的？什么是作为“权利”应当被社会认可的？其答案不止一个。权利是利益与社会性制裁、强制措施的结合物<sup>〔1〕</sup>，在多种利益的冲突中，“权利”的外延在不同的时期会随着时代思潮和人们的价值观一起变化。但是，像已经学过的那样，在民法的世界里，人与人之间的社会关系应当以“权利”或作为其对应物的“义务”的形式来重新构筑，并探求应有的法律上的解决。易言之，民法是作为**权利的体系**而形成的，由此也可以看出，“法”的解释显然不是单纯的演绎和归纳。

权利（义务）关系大体可分为**财产关系与人身关系**，近来，在此之上增加**人格秩序**的说法也逐渐得到认同。其中，财产关系是从对“人”的关系上的权利（债权关系）和关于“物”的权利（物权关系）的观点进行论述的。作为近代法的起源的罗马法，以作为自由人的“市民”为其核心，通过“人（*personae*）、物（*res*）、行为（*actio*）”三要素的组合来考虑法律问题。“人与人的关系”“人与物的关系”“物与物的关系”，这些是通过“行为（向裁判所起诉的权利）”形成法律关系。即使在现在，这一庞大的结构对民法的体系仍有着决定性的影响，其蕴含着

〔1〕 参见川岛武宜：《民法総則》，有斐阁1965年版，第43页。

在思考民法上的权利时所需的基本观念。在上一章的“邻居间之诉讼案件”里，主要是人对人的“债权关系”问题，本章着眼于物对人关系的“物权”，并同时探讨所谓的“权利”究竟含有怎样的意义。

本章所用的是作为“权利滥用”案例十分有名的“宇奈月温泉案件”的判决 [大审院昭和 10 年 (1935 年) 10 月 5 日判决,《大民集》第 14 卷,第 1965 页]。在斟酌事物的本质时,经常是关注其中的极端事例是很有趣的,该案件就是一个很好地展示了素称“物权之母”的“所有权”和其功能的界限的例子。权利的射程所及之处,有时会有其他的权利或利益出现,有时也会有新的权利被创设。另外,也有虽然披着权利的外衣但其内容却是虚无的,根据法律适用的方式,有时像那样的权利外衣会被剥落的情况(也有相反的情况)。讲“法”者,是在讲“权利”、讲“正义”,但同时,这也是进入到人和社会的价值对立之中的工作。

## 1. 在阅读判决之前

本案件的标题部分写有“请求排除侵害案件”,案件记录号码为:昭和 9 年 (1934 年) (才) 第 2644 号。大审院<sup>[1]</sup>判决日期的下面写着“弃却”的字样\*,也就是说,本案是昭和 9 年 (1934 年),作为民事的“(才)上告案件”由大审院受理。在一审时,原告(X)将被告(Y)告到鱼津区裁判所,提出了“排除侵害(具体是指除去 Y 对 X 的所有权侵害)的请求”;败诉后,其进行了“控诉”;在富山地方裁判所进行的控诉审再次败诉后,其进一步向大审院提出了“上告”;最终,其上告也被驳回。本案中,称原告 X 为“上告人(控诉人)”,称被告 Y 为“被上告人(被控诉人)”。战后,虽然大审院的名字改为“最高裁判所”,但这种对第一审裁判所判决

[1] 大审院相当于日本现在的最高裁判所。根据 1890 年制定的《裁判所构成法》[明治 23 年 (1890 年) 法律第 6 号],大审院成为日本的最高审判机构。1947 年《裁判所构成法》被废除,大审院也同时被撤销,并成立最高裁判所作为最高审判机构。对于最高裁判所,法律界习惯上称之为“最高裁”。——译者注

不服继续向上一级裁判所上诉的“三审制度”，至今没有改变”。

27 \*【却下、弃却】 因上诉本身在程序上不合法，而无需等待对其诉讼请求是否有理进行判断就直接否定（所谓吃了“闭门羹”）时，是“却下”〔1〕；对上诉理由进行判断后，理由没有被认可时，是“弃却”〔2〕。与此相比，上告理由被认可时，控诉审的判决被推翻（原审〔3〕判决被破弃〔4〕），有时，最高裁判所会自行重审（破弃、自判），对必要的事实关系需要补充调查的，发回原审裁判所重新审理（破弃、发回重审）。另外，各个阶段的裁判所的判决常常被附在判例集（本案载于《大审院民事判例集》）的后半部分作为“参考”，所以，在读这样的判例集时，最好按照审级的顺序来读。而且，大审院（现在的最高裁）所作的基本是只对法律问题进行判断的“法律审”（请参考《民诉法》第318条的限制规定），关于事实关系的争议，原则上到控诉审为止就有了结果。所以，本章以控诉审认定的事实关系为探讨基础。顺带说一下，判例集的原是旧片假名，为阅读的方便，引用时也改为新字体。

\*【三审制度】 现在的民事案件，诉讼标的额不超过140万日元的，其审判程序为：简易裁判所（第一审）→地方裁判所（控诉审）→高等裁判所（上告审）（请参考《裁判所法》第33条第1款），只留下了向最高裁判所提起特别上告的余地。标的额超过140万日元的，其审判程序为：地方裁判所（第一审）→高等裁判所（控诉审）→最高裁判所（上告审）。另外，新《民诉法》在标的额不超过60万日元的金钱支付请求中引入了特别简易程序（小额诉讼程序）（请参考《民诉法》第368—381条）。

---

〔1〕 相当于中国民事诉讼法上的“不予受理”。——译者注

〔2〕 相当于中国民事诉讼法上的“驳回”。——译者注

〔3〕 在日本法律界，把某案件终级审之前的审判称为“原审”或“控诉审”。如果终级审是最高裁判所，那么高等裁判所所作的审判是“原审”，地方裁判所所作的审判称为“第一审”，有时也被称为“原原审”。如果终级审是高等裁判所，那么地方裁判所所作的审判是“原审”。——译者注

〔4〕 相当于中国民事诉讼法上的“撤销”。——译者注

## 2. 案件的经过

案件的经过与当事人的主张大概如下（图 2-1 所示）：

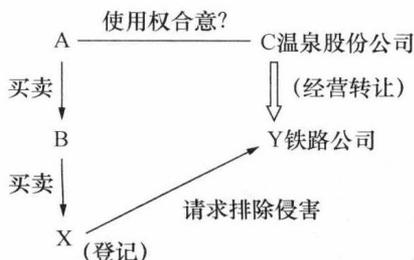


图 2-1

作为本案争议对象的土地（见图 2-2、图 2-3 所示），面向黑部溪谷断崖，昭和 2 年（1927 年）8 月，由 A 转让给 B。昭和 3 年（1928 年）1 月，又由 B 转让给 X。在土地登记簿上 X 也是该土地的所有权人。Y 铁路公司在宇奈月经营温泉，该温泉由另一个经营者 C 花巨资从上游的黑雄温泉泉源铺设了总长约 7.5 公里的引水管，于大正六年至七年（1917—1918 年）时完成铺设。C 先开始经营之后，Y 从 C 手里接管过来。但是，所铺设的引水管的一部分，没有任何法律上的依据，就从当时属于 A 所有的本案土地的一部分（约 2 坪<sup>〔1〕</sup>）上通过了。而且，对于引水管的铺设来讲，虽然本案土地并不是必经之路，但如果绕开本案土地进行铺设的话，需要投入相当大的费用和时间。X 主张，Y 没有任何法律上的依据而使用他人的土地，属于不法侵害 X 的所有权，土地不管其价值高低都应该得到法律的保护，提出了撤走引水管和禁止 Y 因修理引水管进入土地等的诉讼请求。而 Y 认为，相对于 X 的微小损害，因排除侵害而给 Y 和宇奈月地区居民所带来的损害则过于巨大，因此 Y 提出了 X 的主张是“权利滥用”的抗辩。另外，根据认定的事实，本案土地因属于“急剧倾斜的荒芜地”，不适于植树和耕种等，也没有更好的使用方法，所以其价值也就 1 坪五六钱，即使将可植树的部分也包

28

〔1〕 日本的面积单位，1 坪约等于 3.3 平方米。——译者注

括在内，本案土地的总价也就在 30 多日元左右。但“X 没有任何使用该土地的目的而于昭和 3 年（1928 年）1 月将其买下，同年年底开始要求 Y 撤走引水管，并且 X 宣称，除非 Y 把与引水管没有任何关系的附近一带的自己所有的同样的荒地总计 22 块 3 千多坪，与本案土地一起，以 1 坪 7 日元、总计 2 万多日元的价格买下，除此之外的协商，一律不予接受”。另外被认定的事实还有，X 从案外 B 处买下本案土地时“已经得知引起争议的引水管通过本案土地的事实”等。

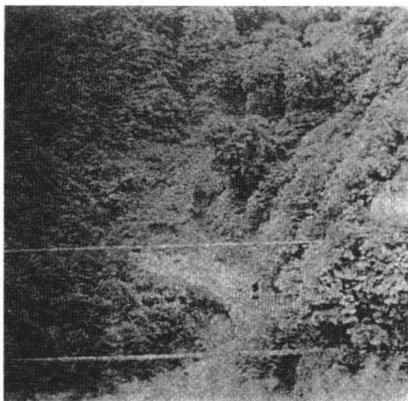


图 2-2 穿越黑部峡谷的引水管<sup>1)</sup>

### 29 3. 问题之所在与裁判所的判断

#### (1) 何谓土地所有权

在说某人“拥有”某物时，在法律上，从对他人的关系上，意味着对于该物享有绝对的、排他的支配权（所有权）\*。所有权人在法律规定的范围内对自己的所有物可以“自由地使用、收益、处分”（《民法》第 206 条），作为“财产权”，这样的权利，被认为在宪法上也是应该予以保护（《宪法》第 29 条）的。不单是像汽车和电视机这样的可移动的“动产”，就连像土地、建筑物这样的“不动产”也可成为所有的对象 [现在，在此

[1] 引自中川善之助：《民法風土記》，日本评论社 1965 年版。

之上，还增加了像专利和著作权这样的无形财产权（知识产权）]。



图 2-3 黒部峡谷〔1〕

土地被人为地划分为一定的区划（其中的一个区划称为“一块”），根据交易、继承、有时是时效等原因，其所有权发生转移时，采用在“登记簿”上将其记录下来，并对外进行公示的做法（请参考《不动产登记法》）。在法律规定的范围内，土地所有权人的所有权可延伸至土地的上下（《民法》第 207 条），向他人主张自己的土地所有权（“对抗”）时，原则上需要有“登记”（《民法》第 177 条）为证，总之，为使所有权人保全自己的所

〔1〕 引自中川善之助：《民法風土記》，日本评论社 1965 年版。

有权，多种多样的权能得到了认可。

本章的重点是，对于来自他人的侵害，所有权人享有排除侵害的权能。《民法》上虽无直接规定，关于对物的事实上的支配的“占有”，占有人被认可享有占有保持（占有被妨害时的请求停止侵害与损害赔偿）、占有保全（可能发生妨害占有时的请求防止侵害或提供损害赔偿担保）、占有回收（占有物被侵夺时的请求返还和损害赔偿）的诉讼权利（第198—200条的“占有诉权”），对于所有权来说，这些诉权当然也应当得到认可。对于本案的X通过之前的所有权人A、B而正当地受让了所有权这一点，并没有争议。所以，从形式上看，Y的引水管在没有任何法律上的可以使用的理由下，占据了X所有的土地的事实，构成了对X的所有权的侵害，应当认可对该等侵害进行排除。问题是，这样的基于所有权权能的行使，即使是在本案这样的事实关系下也能得以认可是否妥当。

\*【物权】 以所有权为代表的、对物的一定的优先支配权，称为“物权”。物权并不是像债权那样的对特定人的权利（相对权），而是可以对任何人主张的权利（绝对权）。因此，一物上不能同时存在相同的物权（一物一权主义），物权具有排他性，总是只能存在于优先劣后的关系中。在民法的规定上，物权分为所有权（本权）和只具有所有权部分权能的限制物权（也称他物权），后者还分为将使用、收益权能独立化的用益物权（地上权、长期租佃权、地役权、入会权〔1〕）和将未来的支配和部分价值独立化的担保物权（抵押权、质权、留置权、先取特权）。另外，从稍微不同的角度，将事实上的支配权规定为“占有权”。

## （2）上告理由和裁判所的判断

原审（控诉审）判决进行了如下陈述，驳回了X的主张：

综合上述认定事实，X明知，Y撤走本案土地上的引水管有相当大的困难，且需要花费大量的费用和时间，还会影响到宇奈月地区的兴

---

〔1〕日语的“入会权”是指村落共同体对山林原野共同共有，该村落的村民按份享有对该山林原野的利用权。《民法》上对此没有明文规定，属于习惯法上的物权。对于具有共有性质的入会权，《民法》第263条规定，可以适用民法上有关共有的规定。——译者注

衰；若 Y 不同意 X 的巨额请求，则将给 Y 的命运带来巨大影响等，而 X 故意买下自己不需要的土地，欲获得不当利益，应当认定 X 是借行使所有权之名，让 Y 陷入困窘境地，这样的行为并不是所有权的正当行使，属于超出范围的请求，构成权利滥用，自始不应受法律保护。

对此，X 提出了如下主张，进行上告：第一，原审判决未说明关于 Y 为使用、修理引水管而进入土地的权利依据；第二，本案若认可了 Y 的主张，将导致与在有必要使用他人土地时《民法》所规定的“邻地使用权”，以及限于公益事业而规定的特别使用权的各种行业法上规定的精神相矛盾；第三，认可无权利的人通过制造既成事实而随意进入他人所有的土地，将会扰乱法律秩序，违反正义；第四，为获得所有权的效用而请求排除权利侵害方面的救济，属于正当权利的行使，在考虑是否认可时，不应被其所带来的结果上的经济性费用和利益的大小所左右（“只拥有少许土地的贫困者最终成为大企业的牺牲品，只能任其蹂躏”）等。

31

大审院在驳回上告时，进行了如下阐述：

只要对所有权有侵害或存在这样的危险，所有权人为消除或禁止这一状态，可以请求裁判上的保护，这是理所当然的。但是，因该侵害所造成的损失微乎其微，而消除侵害又十分困难，在即便可以消除侵害，也要消耗巨大费用的情况下，作为第三人，把这样的事实当作“奇货”，来谋求不当利益，故意买下与侵害有关系的土地，在此之上，一边要求侵害人消除侵害状态，一边向侵害人提出将该土地和自己所有的其他土地以不相当的高价卖给侵害人的要求，主张其他的协商一概不接受，在这样的情况下，该消除侵害的请求仅具有行使所有权的外观，而并不含有真正的权利救济的实质。即上述行为在整体上主要是以获得不当利益为目的的，而将所有权作为工具进行利用的话，在社会观念上，这样的行为违背所有权的目，已超出作为其功能能够被允许的范围，属于权利的滥用。所以，作为实现这种不当目的的手段，在裁判上，在对侵害人提出消除该侵害状态以及禁止将来进行侵害的诉求的情况下，不管其诉讼请求具有怎样的外观，实体上，其欠缺应获得保护的正当利益。因此，依此理由认定应当立即驳回该请求是恰当的。

易言之，从本案所认定的事实关系来看，本案的请求虽具有行使所有权的外观，却只是其追求不当利益的工具，（在社会观念上）违反了所有权的目，超出了所有权的功能范围，不能被认定为是真正的请求权利救济，因此，不能采纳“本诉讼是诚实的权利保护的请求，所以应当否定原判决”的主张。该判决清楚地提示出，利用权力滥用的法理，在把当事人的意图、目的作为问题考虑的同时，也应将权利人因行使权利而获得的利益与其给对方和社会带来的不利作为问题进行平衡，参照法制度的意旨、目的及应有的功能，可以在一定范围内剥去该权利的外衣，否定由该权利性质所推导出的法律后果。

### （3）所有权及其限制

一般来看，虽然是“所有权”，但其并不是万能的绝对的权利。过去，为打倒封建制度，所有权的绝对性被当作口号提出来（法国《人权宣言》）。但是，现在反倒应当说“所有权伴有义务”，除伴有相邻关系上的制约外，《宪法》第29条明确规定，财产权应服从“公共的福利”。所有权不但要受到消防等公共安全上的限制，在城市规划和环境保护等方面也要服从行政法上诸多规定的限制。并且，为了一定的公益事业，《土地征收法》规定了在必要的情况下，给予适当补偿而由国家征收土地的程序。关于土地所有权所及的范围，过去的注释法学派也曾提出过“上及天空，下至地心”（*usque ad coelum, usque ad inferos*）等说法，但应当限定在合理的可支配的范围内。现在，在法律制度上关于“大深度地下”还制定了特别法〔《大深度地下公共利用特别措施法》，平成12年（2000年）法第87号〕。

## 4. “权利滥用” 的含义

### （1）权利滥用的意义与要件

“权利滥用”是指，某行为或不作为虽然在外观上（抽象的）属于法律上所规定的权利内容，但是，根据实施该行为的具体情况和结果，法律上认为，其权利的行使是不能被认可的，作为结果以此为限，权利的性质被否定。虽然《民法》于昭和22年（1947年）修改时，在第1条第3款规定了

不允许权利滥用，但作为自古以来就在学说、判例上获得认可的见解，在国外很早就有将其进行明文规定的立法例。

权利原本是“正确的东西”，原则上，其行使不侵害任何人（*neminem laedit qui suo iure utitur*）的权益。但是，无限定的自由行使权利的结果，有时非常缺乏社会妥当性。权利滥用的法理是作为这种情况的修正原理而发挥作用的。被认为是权利滥用的行为，并不是正当地行使权利，在由此而侵害他人的利益时则成为违法行为，发生损害赔偿 responsibility [大判大正 8 年（1919 年）3 月 3 日，《民録》第 25 辑，第 356 页（挂信玄公战旗的松树案件\*）]，基于该权利的请求权和权利关系的变更也被否认（例如，认定房屋出租人滥用解除权、经营者滥用解雇权→维持租赁关系、雇佣关系）。另外，还有像父母滥用对孩子的亲权，结果将导致丧失该权利的情况发生（第 834 条）。在这样的场合，存有其他应受保护的利益。很多情况下，这样的利益最终会带有权利性。易言之，被当作“权利”的东西背后隐藏着的其他利益和权利被“镂空”出来。在这一意义上，可以说权利滥用法理有“创设权利的功能”。

**\*【挂信玄公战旗的松树案件】** 位于铁路沿线的一棵有来历的松树（据说以前武田信玄<sup>〔1〕</sup>曾在这棵松树上悬挂过战旗），因火车排放的煤烟而枯死。其所有权人以铁路院（国家）为被告提起了请求损害赔偿的诉讼。大审院在肯定了火车运行的社会必要性的同时，却认定：“在火车运行时，超过了权利行使范围、实施了不当方法而造成了损害，构成不法侵害，因此不能免除其赔偿责任。”<sup>〔2〕</sup>

是否构成权利滥用，正因为与一定的情况判断有关联，所以何种情形构成权利滥用，会因具体情况而不同。一般来讲：① 在权利的行使主要是抱着加害的意思或目的而进行的时候，权利滥用比较容易认定。例如，尽管自己不需要，而为了给邻居制造麻烦，在土地的交界处附近建造高墙的情形

〔1〕 武田信玄是日本战国时期著名的武将，深得日本人的爱戴。据说武田信玄当年曾将自己的战旗挂在这棵松树上，所以周围的人都把它当作历史见证物来爱护。——译者注

〔2〕 关于该判决，包括当时的时代思潮，请参考川井健：《信玄公旗掛松事件》，载《民商法雜誌》第 78 卷临时增刊（1）（1978 年），第 99 页以下；川井健：《民法判例と時代思潮》，日本评论社 1981 年版，第 241 页以下的內容。

[安浓津地判大正 15 年（1926 年）8 月 10 日，《新聞》第 2648 号，第 11 页] 就是其典型，并被称为“恶意滥用行为的禁止”（Schikaneverbot），自古以来就被认定为是权利滥用（请参考《德国民法》第 226 条）。当然，那样的行为有时也构成侵权行为。<sup>〔2〕</sup> 在不能认定权利行使人主观上的强烈恶性时，有时会通过对该权利所具有的目的及社会意义、认可或否定该权利的行使可能会给权利人和对方当事人带来的利与不利的内容及程度，以及是否存在避免不利发生的方法、所产生的不利给社会带来的影响的范围和程度等各种因素进行比较考量，来判断是否构成权利滥用。<sup>〔1〕</sup>

## （2）“权利滥用”之滥用的危险性

说到底，权利滥用的法理是对原则上应被认可的权利行使进行修正的原理。绝对不可轻易地经常利用该法理，尤其是在仅仅根据对客观利益的比较考量就认定权利滥用，恐怕会将违法造成的既成事实作为结果予以追认。还有，在对方的利益具有公共性时，也可能发生针对私人利益的单方面优先承认公益的结果。<sup>〔2〕</sup> 从这个意义上看，把权利行使人的主观形态置之度外的讨论，潜藏着滥用“权利滥用法理”的危险。本案中 X 的行为，从所认定的事实来看，虽然很难说是适当的权利行使，但作为上告理由的主张，还是值得认真倾听的。在讨论“权利滥用”时，应该对行为人的加害意思及与此相类似的主观形态，以及在行使权利时有无过失、是否欠缺合法利益、是否违反权利的社会功能等因素予以慎重考虑。<sup>〔3〕</sup>

## 5. 权利滥用的善后处理

X 基于所有权提出的排除侵害请求，在被认定为权利滥用予以驳回后，

〔1〕 参见 [大判昭和 13 年（1938 年）10 月 26 日，《大民集》第 17 卷，第 2057 页（高知铁路案件）；最判昭和 40 年（1965 年）3 月 9 日，《民集》第 19 卷第 2 号，第 233 页（板付基地案件）]

〔2〕 参见戒能通孝：《〈权利滥用〉と〈公共の福祉〉》，载《法律时报》第 30 卷第 10 号（1958 年），第 7 页。

〔3〕 请参考末川博：《权利滥用的研究》，岩波书店 1949 年版，第 158 页以下。